

الضمانات البنكية فى التجارة الدولية فى كتابين

الكتاب الأول

خطاب الضمان البنكى
وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان
فى التجارة الدولية
دراسة مقارنة

الدكتور
نجلاء نضار

تأليف

سعيد نضار

المحامى و المدرسة بحقوق طنطا
دكتوراه من جامعة جنيف سويسرا
ماستر من جامعة هارفرد أمريكا
إملت من جامعة ترنتى كوليدج أيرلندا
ماجستير من جامعة القاهرة
ليسانس فى القانون جامعة القاهرة

المحامى والمحكم الدولى

الضمانات البنكية فى التجارة الدولية فى كتابين

الكتاب الأول

خطاب الضمان البنكى
وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان
فى التجارة الدولية
دراسة مقارنة

الدكتور
نجلاء نجار

تأليف

سعيد نجار

المحامية و المدرسة بحقوق طنطا
دكتوراه من جامعة جنيف سويسرا
ماستر من جامعة هارفرد أمريكا.
إملت من جامعة ترنتى كوليدج أيرلندا
ساحستير من جامعة القاهرة.
ليسانس فى القانون جامعة القاهرة

المحامى والمحكم الدولى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّؤُوفِ الرَّحِيمِ

فاتحه الكتاب

إِقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ - خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ
إِقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ - الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ
عَلَّمَ الْإِنْسَانَ - مَا لَمْ يَعْلَمْ

صدق الله العظيم

هذا ما قرأناه وتعلمناه
فإذا تعلمت ... ما لم نعلم ... فتعلمنا
ولا تؤاخذنا إن نسينا ... أو أخطأنا

سعد نهار - نجلاء نهار

تتميز رواة

أما الشكر فنحن مدينون به لكل من عاون
في إصدار هذا الكتاب - وكان الواجب
ذكرهم فرداً فرداً - إلا أنهم كثر
فلهم منا منتهى الشكر والإمتنان

أما الإهداء فهو إلى من
يحب ولا يكره وإلى من قرأ ووعى

سعد نجار - نجلاء نجار

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الكتاب

موضوع دراستنا هو «الضمانات البنكية في التجارة الدولية» ويلزم أن نلاحظ أننا لن نتحدث عن الضمانات البنكية في التجارة المحلية أو خطاب الضمان فيها لأن هذا الموضوع خارج عن موضوعنا .
وهذا هو الكتاب الأول وموضوعه :

خطاب الضمان البنكي

وخطاب الاعتماد المستندي بالضمان في التجارة الدولية

دراسة مقارنة

- وفي الكتاب الثاني - إن شاء الله ندرس باقى الضمانات البنكية في التجارة الدولية - ومنها الاعتماد المستندي Documentary Letter of Credit .
ما الاعتماد المستندي بالضمان Stand-By Letter of Credit فهو شئ آخر فهو خطاب ضمان بنكى فى عباءة Letter of Credit لذلك درسناه فى هذا الكتاب الأول - ونعود اليه - إن شاء الله - فى الكتاب الثانى .
وآثرنا إستعمال كلمة «بنك» بدلاً من استعمال كلمة «مصرف» ذلك أن كلمة «بنك» عربية وليست فى حاجة الى التعريب - وأيضاً فالقوانين أجمعت على استعمال كلمة بنك فى مصر

مثل قانون البنوك والائتمان وقانون بنك ناصر وقانون بنك الاستثمار القومي - وقانون البنك المركزي المصري وقانون سرية حسابات البنوك، فهذه القوانين وغيرها أثرت استعمال كلمة بنك بدلاً من كلمة مصرف - ليس في عنوان القانون فقط وإنما في مواده.

وقبل ذلك - فكلما «بنك» عالميه ونحن بصدد دراسة مقارنه يلزم أن نلتزم فيها بالتعبيرات العالميه - والتسميات الدولية في المراجعة والمراجع هذا بالنسبة لاسم الكتاب الأول وعنوانه وتعبيراته.



ونقدم الآن أو نعرف أو نوضح فصول الكتاب : -

الفصل الأول

تناولنا فيه تعريف خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية وطبيعته القانونية. ثم ثانياً بالحدوث عن مفهوم التجريد من السبب وهي السمة الأساسية في خطاب الضمان البنكي - وعدنا بها الى جنورها الرومانيه، هادفين من ذلك إلى الإيضاح.

ثم تحدثنا في هذا الفصل " عن التصرف القانوني والواقعة القانونية " وكان ذاك لازماً ومطلوباً - لأبراز إختلاف المفاهيم بين المدرستين الانجلوسكسونيه - واللاتينيه وإيجاد أرضيه مشتركة بينهما في فهم خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية - فالقانون الانجليزى لا يفرق بين التصرف القانوني الإبرادى والواقعة المادية البحتة التي قد يترتب عليها حقاً أو التزاماً وينظر اليهما أو أنه يفترض فيهما أنهما عقد The Indimenty Contract - ولا مجال فيه لمفهوم المسؤولية التقصيرية - المستقلة عن المسؤولية العقدية كما هي في المدرسة اللاتينية وذلك بالرغم من أن كلا المدرستين ذات جنور واحده - لذلك عدنا بقدر الى هذه

الجنور لفهم هذا الخلاف المؤثر على موضوعنا في عقود الضمان واختلافاتها في المدرستين - ورأينا ذلك لازماً.

وتحدثنا في هذا الفصل أخيراً عن المحاولات الفقهية والقضائية في رد خطاب الضمان البنكي في التجاره النوايه الى قواعد شمولية خاصة بالنسبة للمدرسة اللاتينية - وهذا الموضوع هام للغاية لأن - تكيف خطاب الضمان البنكي في التجارة النوايه على أنه نوعاً من الكفالة أو الأتابه أو سندات الائتمان أو أنه التزام بالإرادته المُنْفَرِدَه أو أنه إشتراط لمصلحة الغير - نقول - أن مثل هذا التكيف - يؤثر على خطاب الضمان البنكي في التجاره النوايه بالسلب ويعوق مسيرته باعتباره كما يُقال شريان الحياه فيها.

وللاسف ما زالت بعض البلاد تُصرّ على إشتقاق خطاب الضمان ونسبته الى نظم أخرى من الضمانات السابقه عليه والتي قد تباشرها أيضاً البنوك - ولكن من حسن الحظ أن هذه البلاد تقرر لخطاب الضمان البنكي في التجارة النوايه سماته الضرورية بصرف النظر عن رَدِه الى نظام من هذه النظم - فهو عندها أيضاً مجرد عن السبب - منفصلاً عن العلاقات المحيطه به، التزام شخصى من البنك لمستفيد معين بالذات غير قابل للتداول صكه كاف بذاته ... الخ.

ولم يبق عليها إلا أن تعترف بأنه نوع خاص من الالتزام البنكى مصدره المعرف البنكى - واحكام القضاء - واجتهاد الفقهاء والمحامون النوايون - وقبل ذلك كله حاجه التجاره العالميه له - وقد قننته بعض البلاد غالباً بمفهومه الدولى - واجتهدت المنظمات العالميه وعلى رأسها هيئة الأمم Uncitral والغرفه النوايه للتجاره I.C.C. وسواهما أن تضع له، أى لخطاب الضمان البنكى في التجارة النوايه، قواعد موحده.

الفصل الثانى

وفى هذا الفصل من الكتاب تناولنا العلاقات الثلاث المحيطة ب خطاب الضمان - وهى علاقه البنك بالعمل الأمر - وعلاقه الأمر بالمستفيد أو العقد الأصلى - وعلاقه المستفيد بالبنك.

وفى العلاقه الأولى " البنك والعمل " وأوجزنا الحديث عن التعاقد على اصدار خطاب الضمان باعتباره عقد خدمه مصرفيه - وواجبات البنك فيه وأخصها نصح العميل إذا ألزمه القانون أو العرف - ثم تحدثنا عن تجديد خطاب الضمان البنكى أو ما يقال عنه بمد خطاب الضمان وأوجزنا فى الحديث عن غطاء خطاب الضمان وطبيعته القانونيه - وقيمته التقديه المحدده، أو القابله للتجديد.

وفى العلاقه الثانيه علاقه الأمر بالمستفيد أى العقد الأصلى تحدثنا عن محلّ العقد - ثم تحدثنا عن بعض أنواع خطابات الضمان بالنسبة لموضوعها.

وتناولنا فى هذا الفصل تأصيل وتكييف دور البنك فى خطاب الضمان البنكى باعتباره خدمه تمويليه وليست ضمان.

وتناولنا فى هذا الفصل أيضاً العلاقات التى تقوم فى خطاب الضمان المقابل سواء أكان معززاً أو غير معززٍ ومفهوم إستقلاليه خطاب الضمان عن العلاقات المحيطة به - ومدى إلتزام البنك بتنفيذ تعليمات عميله وهو التزّام ببذل عنايه.

وفى العلاقه الثالثه وهى علاقه، البنك بالمستفيد، تحدثنا عن التزامات المستفيد والتزامات البنك وما تتأثر به فى حالات الأفلاس - والحجز والتجميد - وعدم إمكان تغيير طريقه.

وتناولنا خطاب الضمان المشروط وغير المشروط والضمان المقابل - وتسجيل وإبلاغ خطاب الضمان وربما عدنا الى بعض الموضوعات التى أسلفنا ذكرها لمناسبة إقتضت ذلك - وربما إستشهدنا بحكم واحد فى حالتين.

الفصل الثالث

وفيه تحدثنا عن إنقضاء خطاب الضمان بانتهاء أجله أو بصرفه ومُكَّنة انتهائه من عدمه بالمقاصة أو إتحاد الذمه والابراء والتقايم أو إستحالة التنفيذ.
ونكرنا نبذه عن «ضمان الضمان» - والقانون الواجب التطبيق - والاختصاص القضائي.

الفصل الرابع

وخصصنا هذا الفصل لخطابات الضمانات البنكية في التجاره الدولية في بعض البلاد الاسلامية في مصر - في تركيا - في العراق - في السودان - في سوريا - في الاردن - في السعودية - في الكويت وغيرها .

الفصل الخامس

وخصصنا هذا الفصل لدراسة خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية في بعض دول أوروبا في فرنسا - في بلجيكا ولوكسمبورج - وفي سويسرا - في هولندا - في إيطاليا - وفي ألمانيا - في إنجلترا - وفي أمريكا بلسم الاعتماد المستندي بالضمان Stand - by Letter of Credit ونعود لهذا الموضوع في الفصل السابع عند الحديث عن القواعد الموحده Uniform Rules for Guarantees in the International trade and Stand by Letter of Credit

الفصل السادس

وتحدثنا فى هذا الفصل عن صياغات خطابات الضمان المختلفة طبقاً لنماذج البنوك فى بعض بلاد العالم وقد أوضحنا فى صدره أنه يصعب أن يكون هناك صياغة واحدة لخطاب الضمان البنكى فى التجاره النوليه لأن هذه الصياغة يحددها نوع الضمان - وأنواع العقود التى تفرزها النشاطات التجارية وشروط هذه العقود التى لا تقع تحت حصر.

هذا مع اختلاف القوانين من بلد لآخر فى نظرتها لهذا الموضوع شكلاً وحكاماً ثم أثبتنا نماذج لخطابات الضمان المختلفة لبعض البنوك - فى مصر وبعدها البلاد العربيه.

وكذلك نماذج خطابات الضمان - للبنوك فى اورپوا ونماذج الاعتماد المستندى بالضمان فى امريكا والفلبين.

وجميع النماذج التى نقلناها وصلتنا من البنوك ذاتها غالباً. ويصعب أن ننقل كل نماذج بنوك العالم - ونعتقد أن ما أوردهنا كاف لمعرفة أسلوب البنوك المختلفة فى التعامل فى خطاب الضمان البنكى فى التجاره النوليه.

ونرى أن هذا كان لازماً - للتعرف على ما هو جارى عليه العمل فى البنوك - مع الاشاره الى أن هذه النماذج المطبوعه على ورق البنك لا تلزم عملائهم ولا تُملى عليهم - وغالباً ما يتم صياغة خطاب الضمان بالاتفاق مع العميل الأمر والبنك المصدر فى عقد الخدمه المصرفيه بينهما.

الفصل السابع

وفي الفصل السابع تناولنا القواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس I.C.C. International Chamber of Commerce وأوردنا نصوص القواعد الموحدة لضمان العقود الصادرة لسنة ١٩٧٨ أول محاولة صدرت عن I.C.C. Uniform Rules for Contract Guarantees.

ثم أثبتنا آخر قواعد موحدة عن I.C.C. لسنة ١٩٩٢ وأخذنا عن طبعة لسنة ١٩٩٦ وهي القواعد الموحدة لخطاب الضمان المستحق عند الطلب Uniform Rules For Demand Guarantee U.R.D.G وأوردنا النصوص باللغة الانجليزية دون ترجمتها - وعلقنا عليها من شرح منظمة I.C.C. لها وفي هذا الفصل مقدمه عن المنظمات الدولية التي تنشط في هذا المجال وأهمها .

- 1 - Commission of the European Communities.
- 2 - Hague Conference on Private International Law.
- 3 - International Chamber of Commerce.
- 4 - United Nation Commission on International Trad Law UNCITRAL

وقدمنا للقواعد الموحدة لخطاب الضمان تحت الطلب الصادر عن I.C.C. سنة ٩٢ بنوده عن المحاولات التي قامت بها هذه المنظمة بالتعاون مع هيئة الأمم المتحدة Uncitral والتي عرضت مسودتها في اجتماع نيويورك في المدة من ١١ الى ٢٢ ابريل سنة ٨٨ ثم في مؤتمر فيينا في المدة من ٨٨/١١/٢١ حتى ٨٨/١٢/٢.

وكذلك تناولنا في هذا الفصل - توضيح لماذا إختارنا تحصيل النصوص دون ترجمتها .

وأشرنا الى قواعد U.R.C.B Uniform Rules For Contract Bonds ثم تحدثنا عن اتفاقية الامم المتحدة الصادرة في ١١/١٢/٩٥- United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand By Letters of Credit UNCITRAL وهي مازالت مفتوحة للانضمام اليها واقتصرنا على مجرد نقل نصوصها لأنها لم توضع موضع التنفيذ بعد وحتى ديسمبر سنة ١٩٩٧ .

ثم تحدثنا عما إذا كان هناك قواعد موحدة لخطاب الاعتماد المستندي بالضمان من عدمه؟ ورأينا أن القواعد الموحدة لخطاب الضمان المستحق عند الاطلاع تشمله - واستبعدنا نسبتها الى القواعد الموحدة للإتمادات المستندية العادية Uniform Customs and Practice For Documentary Credit U.C.P.

الفصل الثامن

وتحدثنا فيه عن الغش في صرف خطاب الضمان البنكي والاعتماد المستندي بالضمان - وحاولنا اعطاء صورة لما اعتبرته المحاكم في العالم غشاً - تأسيساً على أن أحكام المحاكم هي الاساس في تقرير ما إذا كان هناك غش من المستفيد في الصرف من عدمه وإيس الفقه أو التشريع.

وبمنتهى الإيجاز تكلمنا عن الغش في هولندا - والمانيا - وفرنسا - وبلجيكا - وإنجلترا - وأمريكا من واقع أحكام المحاكم في هذه البلاد.

وبهذا أنهينا هذا الكتاب

وتم يعون الله وتوفيقه إن شاء الله.



النظام الدولي لخطاب الضمان البنكي

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الأول

النظام الدولي لخطاب الضمان البنكي

- أولاً :** الطبيعة القانونية وتعريف خطاب الضمان البنكي
- ثانياً :** مفهوم التجريد من السبب في خطاب الضمان البنكي
- ثالثاً :** التصرف القانوني والواقع القانوني
- رابعاً :** محاولات رد خطاب الضمان البنكي إلى قاعدة قانونية كلية
- 1 - ليس كفالة د- ليس التزاماً بالادارة المنفردة
- ب - ليس إنابة هـ - ليس إشتراطاً لمصلحة الغير
- ج - ليس سند إئتمان

أولاً : تعريف خطاب الضمان البنكي وطبيعته القانونية

إستقر العرف الدولي أو هو يكاد - على مفهوم معين لخطاب الضمان البنكي ، يميزه عن كل الضمانات التقليدية ويجعل له كيانه خاصا به ، قائما بذاته - متميزاً في نشأته وآثاره وانقضائه والسمات الأساسية فيه يمكن تحصيلها في التعريف الآتى : -

خطاب الضمان البنكي هو تصرف قانوني مجرد عن السبب - ومظهر من الدفع - غير قابل للتداول - مصدره العرف البنكي والقانون ، ويصدره البنك بإرادته المنفردة في علاقة مباشرة ومستقلة ومنفصلة عما يحيطه من علاقات الأمر أو المستفيد ، يلتزم البنك فيه بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد من النقود لمستفيد معين بالذات بناء على طلب من عميله وهو غير قابل للرجوع فيه من البنك طوال أجله الوارد بنصه ، ولا إعتبار في قيامه بإرادة المستفيد سواء قبله أو رفضه وهو التزام شخصي سواء بالنسبة للبنك أو المستفيد .

وأخص ميزاته أنه التزام قطعي ومباشر للمستفيد غير قابل للإلغاء ، أو التعديل من البنك، والمستفيد غريب عنه لم يشترك في إنعقاده ووجوده ولا تلزم موافقة السابقة أو اللاحقة لقيام خطاب الضمان.

ويولد خطاب الضمان بمجرد أن يتم إصداره من البنك ويسجل في دفاتره ويخرج سنده من حيازه البنك حتى لو استرده بعد ذلك بطريقة مشروعة أو غير مشروعة ، وصل الى علم المستفيد أو لم يصل - فقد وجد ليعيش أجله المنصوص عنه في سنده .

ومن سماته أنه شخصي بالنسبة للبنك - فالبنك لا يمكنه تحويل التزامه به في أجله الى بنك آخر - وهو أيضاً شخصي بالنسبة للمستفيد غير قابل للتداول أو التظهير أو التنازل - ومبلغه غير مملوك للمستفيد وإنما هو من مال البنك - ويظل كذلك الى أن يصرفه المستفيد في أجله وبشروطه الواردة به إذا كان مشروطاً ويقبض بمبلغه فعلاً .

والمستفيد لا يساهم في وجوده ولا أثر لإرادته في قيامه - فهو غير مرهون الوجود بموافقة المستفيد أو علمه أو رفضه قبل قيامه أو بعد قيامه فليس له الا طلب صرفه وقبض مبلغه والملتزم الوحيد به هو البنك الذي أصدره - ولا التزام على المستفيد فيه .

وهو علاقة قائمة بذاتها لا تُرد سبباً أو وجوداً لأى من العلاقتين المحيطتين به - سواء في ذلك عقد الخدمة البنكية بين الأمر والبنك بطلب إصداره ، أو عقد الأمر مع المستفيد الذي صدر خطاب الضمان البنكي ليضمن للمستفيد تنفيذ الأمر لالتزامه أو التزاماته في حدود مبلغه وشروطه ونصه .

فهذين العقدين مستقلين تماماً عن خطاب الضمان - أو أنه هو المستقل عنها - وجوداً

وأثارا وإنهاء - وهو ليس عقداً - وليس في تكوينه الا طرفا واحدا هو البنك ، فالمستفيد ليس طرفا فيه والأمر كذلك.

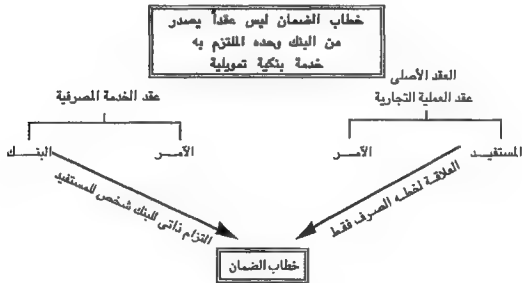
ولا يغير في هذا الفهم شيئا حتى وإن تضمن سنده نصا يشير صراحة أنه صدر لضمان التزامات الأمر في عقده مع المستفيد وحدها .

ويظل كذلك مع الإشارة في نصه دائماً أنه صدر بناء عن طلب فلان الأمر - فنذكر - مناسبة صدوره في صلبه أو شرط إستحقاقه أو كلاهما لا يعد احدهما أو كلاهما سببا له ، فهو مجرد عن السبب على النحو الموضح بعد .

وهو ليس عقدا - ولا شيكاً - ولا نقوداً - ولا ورقة تجارية ولا هو ضمان بنكي تقليدي - وليس كفالة - ولا إنابة قاصرة أو كاملة - ولا سند إتمان ولا إشتراط لمصلحة الغير .

ولا هو من قبيل الإلتزام بإدارة المنفردة من البنك المصدر له - لأن القوة الملزمة فيه مصدرها العرف البنكي التولي والقانوني : - وفي ذلك كله ايضاح نتناوله فيما بعد ، وعلى ذلك :

خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية نظام قانوني مبتكر مستقل عن كل النظم القانونية السابقة عليه في الضمانات المدنية والتجارية..



ثانياً : مفهوم التجريد فى خطاب الضمان البنكى

تمهيد

ليس تجريد الإلتزام من السبب بشئ جديد على القوانين ذات الجذور الرومانية - وقد بعثت المانيا - أقرب دول أوروبا إلى القانون الرومانى - تجريد الإلتزام من السبب - الذى كان الأصل السائد فى القانون الرومانى القديم .

قامت قوانين الإمبراطورية الألمانية على أفكار قوانين الإمبراطورية الرومانية المقدسة منذ سنة ٩١١ م ، ثم فى عهد الأمراء المنتخبين السبعة وحتى إحصار عرش الإمبراطورية فى أسرة هايسبرج سنة ١٢٧٣ التى سقطت سنة ١٩١٨ .

وتأثرت المانيا الإتحادية كثيراً بالقانون الرومانى فلم تعرف المانيا الوحدة القانونية حتى صدور المجموعة الألمانية سنة ١٨٩٦ وكان ذلك بعد قيام الوحدة السياسية سنة ١٨٧٠ - التى قضت على القوانين القبلية والإقطاعية - وسادت إقليمية القوانين - بدلا من شخصيتها .

وكان القانون الرومانى والقانون الكنسى هما جنود القانون الألمانى الموحد . ذلك أن أصل الثقافة القانونية الألمانية كانت القوانين الرومانية .

فعندما أُنشئت محكمة الدولة سنة ١٤٩٥ كان نصف إعضائها من فقهاء القانون الرومانى ثم أصبح لزاما أن يكونوا جميعا من فقاء هذا القانون .

ومنذ سنة ١٥٢١ كانت المحاكم تطبق فى المقام الأول القانون الرومانى الذى ساد تماما فى منتصف القرن السادس عشر وإن كان مأخوذا عن بولونيا ومجموعة جستنيان .

ونطاق تطبيقه كان قاصرا على الأحوال التى يتوافر فيها قانون خاص أو عرف خاص بالمدينة أو الدولة ، وذلك هو البانديكت فى التشريع الألمانى .

ومع هذا العمق في إرتباط القانون الألماني بالقوانين الرومانية - ليس مستغربا أن تأخذ ألمانيا المبادرة في العودة الى الالتزام المجرد من السبب أخذا عن جنوره في القانون الروماني..

التجريد علة و غايته

أولا : علة

الأصل في الفكر القانوني الروماني هو تجريد الإلتزام من السبب وتطهيره من الدفوع - ويرد ذلك الى علة و غاية - أما العلة فتكمن في فكر الحضارة الرمانية أو فلسفتها التي لا تتصور المعاني الذهنية قائمة بذاتها وإنما هي موجودة فقط عندما يكون لها شكل مادي يدمج فيه المعنى الذهني - فالشرف والجمال والحقيقة والعدل - يلزم لها أشكال مادية تكون محتوية هذه المعاني الذهنية - وأصبح المعنى الذهني هو بذاته الشكل الذي صبت فيه - وكان لذلك اثره على الفكر القانوني والديني .

هذا بجانب أن التصرفات كانت محدّده - وإمكانية وجود تصرف جديد كانت ضيقة جداً وكل تصرف تقوم صحته على الشكل والقالب ، وإذا توافر الشكل والقالب للتصرف فهو صحيح ..

والقانون الروماني كان إستقرائي - وليس شمولي يضع لكل حالة حكمها - ولا يضع قاعدة عامة تحكم عددا من الحالات ،

وهكذا كانت العبرة في قيام الإلتزام وإحداثه لأثاره القانونية إنما تكمن في القالب والشكل المرسوم للتصرف - فإذا توافر الشكل أفرز الإلتزام المقصود منه لتصرف معين ويستحيل تقرير التزام قانوني لأحداث أو تغيير أو إنشاء حالة قانونية جديدة دون صب التصرف في الشكل والقالب المرسوم له - وإذا قام الشكل قام التصرف القانوني - دون البحث في أي شروط لقيام الأخير .

فالسبب كامن في الشكل وهو بذاته التصرف القانوني الذي يفرض الالتزام لهذا كان القانون الروماني في جوهره مجرد الالتزام من السبب ويظهره من النفع .

ثانياً : غايته :

يستهدف القانون الروماني من ذلك غاية هي إستقرار المعاملات دون النظر الى حرية الإرادة أو وجود سبب الالتزام .

وتأسيساً على ذلك كان القانون الروماني والقوانين الأقدم منه والتي تعد مصدراً للقوانين المعاصرة - خاصة في أوروبا - لا تعرف إلا الالتزام المجرد عن السبب فهو الأصل في الفكر القانوني الروماني.

التطور :

ولكن الواقع والتطور فرض على القوانين الرومانية أن تضع في إعتبارها عامل العدالة الى جوار الاستقرار ومن ذلك في مراحل.

المرحلة الأولى للتطور :

وأصبحت الغاية تستهدف الإستقرار والعدالة لذلك بقي الشكل والقالب الذي يصب فيه الالتزام باعتباره وحده المنتج له، أي للالتزام، وذلك يهدف إستقرار المعاملات، وإستمرت فكرة إدماج التصرف القانوني في شكله وقالبه ضماناً للاستقرار.

ولتحقيق العدالة أيضاً سمح برفع دعوى إبطال أو تعويض أو تحلل من الالتزام المجرد عن السبب والقائم والمنتج لأثارة مع قيام الشكل ، وكانت هذه الدعوى تمنح لاطراف العقد والمغير أيضاً .

المرحلة الثانية للتطور :

وفي المرحلة الثانية بدأت فكرة الارادة الحرة تظهر كأساس في قيام الالتزام نتيجة لدعوى

إبطال التصرفات أو الالتزام ؛ ونظر الى الإدارة وحريتها في التعبير والالتزام علي إنها الأهم.

المرحلة الثالثة للتطور :

وفي عهد جستنيان أصبح من الممكن أن يقوم الإلتزام بالاراده دون النظر الى الشكل أو القالب الذي تصب فيه - ولكن الشكل لم ينتهى تماما ، إنما إنكمش ليقتصر مجالا أكبر لسلطان الاراده في التصرفات ، وقام التصرف القانوني علي اساس أنه افراز الاراده الحرة الخالية من العيوب التي تؤدي الى إفساده . وأصبحت الارادة قادرة علي إحداث حالة قانونية جديدة بشرط أن تردُّ علي محل مشروع ويكون سببها صحيح وغير مخالف للنظام العام والاداب وتخلّف الركنين - المحل أو السبب - يبطل الإلتزام كليا أو جزئيا أو يحوله - سواء أكان الإلتزام نتيجة التقاء إرادتين أو بإرادة منفردة .

بقى الشكل لازما في بعض التصرفات لاستقرار المعاملات حتى الآن - لكنه - ليس الشكل الروماني القديم الذي يُفَرِّزُ هو الإلتزام - وإنما أصبح الشكل لازما للإثبات ولمكنة سريان آثار التصرف القانوني علي الغير . « تسجيل العقارات وشهرها مثلاً » .

وصلنا الى قمة سلطان الإدارة وإنتصار فكرة العدالة - وتم التضححية بفكرة الشكل والقالب المفروض بذاته للإلتزام - مع التمسك ببعض ضرورات الشكل للإثبات - ضماناً للاستقرار وتعميقاً لسلطان الإدارة في الممارسة منذ عهد جستنيان وحتى الان .

بعث التصرف القانوني المجرد

Abstract Acte

قلنا أن المانيا - كانت دائما الأقرب الى جنورها في القانون الروماني - وظهرت الحاجة الى حماية استقرار المعاملات خاصة البنكية منها وفي التجارة النواية بالذات كما ظهرت

الحاجة الى تداول الاوراق التجارية في المعاملات ، وليس لازما ربط التصرف بالشكل والقالب كما كان في القانون الرومانى .

وفى مؤتمر (أشتوبجر) المنعقد فى ٢٨ / ٨ / ١٨٧١ صدر قرار عن هذا المؤتمر أعلن فيه :- « أنه ليس من الضروري الإعلان عن سبب التصرف لقيام الإلتزام سواء أكان ذلك فى التصرفات المدنية أو التجارية » .

وفى سنة ١٩٠٠ أصدرت المانيا قانونا بتقنين هذا المبدأ ، ثم أخذت به بعد ذلك فرنسا وسويسرا وإيطاليا، وهكذا عاد التصرف القانونى المجرد عن السبب للظهور فى ثوب جديد كعامل من عوامل الإستقرار خاصة فى المعاملات التجارية والبنكية ونظر كل بلد الى التصرف القانونى المجرد عن السبب حسب أعرافه وقوانينه.

ففى مصر وفرنسا ربط السبب بالارادة وقامت تفرقة بين السبب والباعث فالسبب هو الهدف المباشر الذى قصده الملتزم من التزامه - أما الباعث فهو السبب البعيد.

ثم ضاقت الشكك بين السبب المباشر والسبب الباعث وأصبح السبب هو السبب المباشر الباعث على التعاقد أو على التصرف القانونى.

وربط القانون الفرنسى - السبب بالمشروعية وأبطل الإلتزام لانعدام السبب أو لعيب فى الإدارة .

وفى ايطاليا إعتبر الإلتزام المجرد عن السبب مصدره القانون - ولا يبحث عن السبب المباشر أو الباعث للملتزم .

وفى الإلتزام المجرد يلزم توافر أهلية الملتزم وصحة تعبيره عن ارادته - وأن يرد على محل مشروع والتعبير عن الإرادة هى وحدها الواردة بنص السند المقرر للإلتزام المجرد نون البحث وراء السند عن أى ارادة غير الظاهرة فيه .

- والإلتزام المجرد عن السبب ملزم لمصدره نهائى لايجوز له الرجوع فيه لأى سبب طالما

أن محله مشروع فلا يستطيع الملتزم التحلل منه أو وقف أثره أو فسخه أو الدفع بعدم التنفيذ.
والإرادة المعلنة في نص ورقته - وهي الإرادة الحقيقية - وسنده هو المفوز للحق الوارد بشرطه وبون حاجة إلى قالب معين .

والإلتزام المجرد يلزم مُصَدِّره فقط دون الدائن به أو المستفيد منه - ولا ضرورة أن يحمل سنده سببا له فهو نافذ دون النظر للسبب المباشر أو الدافع الشخصي للملتزم ، وقد يكون مشروطا أو غير مشروط بنص سنده - إلا أنه لا يمكن تطبيقه على إرادة المصدر (البنك) أو العميل الأمر، في خطاب الضمان البنكي، وفي بعض الحالات يقضى القانون بعدم تعليق الإلتزام على أى شرط كما هو الحال في تظهير المستندات القابلة للتداول - فلا يسمح القانون بتعليق التظهير فيها على أى شرط اللهم إلا الميعاد (الرجوع علينا في الميعاد) لذلك فإن الإلتزام المجرد عن السبب لا يتعارض مع سلطان الإرادة والتجريد ليس اعداما للسبب بل هو إفتراض قيامه والكف عن البحث عنه - فالإرادة الظاهرة في سنده هي بذاتها الباطنة والحقيقية ولا يبحث عنها خارج سنده ولم يعد الشكل والقالب الذى صاحب نشأته لازما لقيامه كما كان الحال في القانون الرومانى القديم .

وفي الإلتزام المجرد قد يكون الحق فيه مندمج في سنده أو منفصل عنه - ويلزم أن يكون سنده كاف بذاته لقيامه - وقد يكون قابلا للتداول وقد لا يكون .

ويبطله نقص أهلية الملتزم - والتزوير - والاكراه - وعدم مشروعيته - والعيوب الشكلية وهو مطهر من جميع الدفوع التى تبني على مقولة إختلاف الإرادة الظاهرة والمعلنة عن الإرادة الحقيقية وذلك في مواجهة المستفيد .

والقول بإعدام السبب - فى الإلتزام المجرد - هو خلط بين الإرادة والسبب فلا يمكن أن يوجد تصرف بغير سبب اللهم إلا تصرف المجنون .

وهذا الخلط بين الإرادة والسبب جاء نتيجة للتفرقة بين السبب الحقيقي أو المباشر والباعث وأصبح مع هذا النظر هناك سببين سبب ظاهر - وسبب خفي أو حقيقي ، وقالوا أن السبب المباشر لأى التزام هو التزام الطرف الاخر - أما السبب الحقيقي الباعث على التصرف والذي دفع الملتزم للإلتزام فهو وراء هذا السبب الظاهر كامن فى ارادة الملتزم ، وهذا خلط بين الارادة والسبب .

ويؤدى الى مكثته التحلل من الإلتزام - وعدم استقرار المعاملات - بمقولة أن السبب منعدم لأنه ليس هو الذى تعنيه ارادة الملتزم .

وهذا ما بعث فكرة تجريد الإلتزام من السبب للقضاء على ذلك والعمل على استقرار المعاملات .

وإندمج السبب الظاهر فى السبب الحقيقي، فى السبب الباعث وأصبح السبب الوارد فى سند الإلتزام المجرد هو وحده صاحب الإعتبار دون البحث وراثه .

إستقر مفهوم السبب فى مصر وفرنسا علي أنه الباعث الدافع للتصرف المشروع الهادف لتحقيق مصلحة الملتزم بإرادة خالية من العيوب ، وهو شخصى مرتبط بالمحل الوارد عليه .

السبب اذن هو قيد على حرية الملتزم الذى لا يستطيع أن يصوغ التزامه طبقا لهواه بحريه مطلقة دون التزامه بأن يكون لإلتزامه سببا - أو على الاقل - دون أن يُجبره ، أن يُعلن ذلك وهو لو أعلن لا نبعث وراء ما أعلنه ونستقصى السبب الحقيقى الذى اخفاه أو لم يشأ الإعلان عنه .

فليس الأمر - فقط خلط بين الإرادة والسبب بل تدخل قيمها وراء الإرادة التى أقررت السبب .

ويكون الإلتزام المجرد صحيحا موجودا حتى لو كان يخفى سببا مستترا لم يشأ الملتزم الافصاح عنه ويكون صحيحا نُكِرَ سببه أو لم يذكر فى سنده ولا يسمح بالبحث فى ذلك .

التجريد اذا لا ينكر وجود سبب الإلتزام وهذا مفهوم حتى لغويا لكلمة التجريد فنحن لا نقول الإلتزام المنعدم السبب - بل نقول المجرد عن السبب أى الذى خلع سببه الموجود فعلا والخلع هنا بمعنى عدم المناقشة فيه وعدم الالتفات اليه وعدم البحث عنه ونقبل الإلتزام عاريا من السبب فى سبيل استقرار المعاملات وعدالتها . ويكون من حق الدائن المستفيد أن يطالب بحقه الذى يقرره دون أن يكون ملزما باثبات سببه .

وهذا ليس مجرد إعفاء من عبء اثبات فالحق يقوم مستقلا عن السبب الدافع لقريره حتى اذا أشير اليه فى سنده .

فالقانون المصرى مثلا يلزم صاحب الكمبيالة أن يذكر فيها وصول القيمة نقدا أو بضاعة وهذا لا يمنع اعتبار الكمبيالة مجرده عن السبب .

رأينا أن نوضح تحديدا مفهوم تجريد الإلتزام من السبب باعتباره سمة أساسية فى خطاب الضمان البنكى نحدد طبيعته ، وأحكامه - وتفرزه كنظام خاص من الضمانات يصعب وضعه على مستوى واحد مع أنواع الضمانات الأخرى أو رده اليها هذا علاوة على أن هذه الخاصية فى خطاب الضمان البنكى تجعله أكثر ملائمة للوظيفة التى أُنِيطَ به فى التجارة الدولية تطهره من الدفوع خاصة تلك المتعلقة بالبحث وراء السبب وتساعد على إستقراره وإيجابيته والإطمئنان له وجعله أكثر فاعلية .

ثالثاً : التصرف القانونى والواقعة القانونية

أن الفارق بعيد فى فهم مصادر الإلتزام بين المدرستين الانجلوسكسونية - واللاتينية ويلزم أن نبحث عن أرضية مشتركة بينهما لهذه المصادر خاصة ولكلاهما جذوره رومانية نهج أحدهما الاسلوب الاستقرائى والآخر الاسلوب الشمولى أو التقنين .

والتفريق بين مصادر الالتزام إنقسمت في القانون الروماني القديم بين :

١ - مصادر الحق الشخصي : وهو العقد والجريمة

ب - مصادر الحق العيني : وهي الوزن الصوري والدعوى الصورية والتسليم

ولم يكن هناك مجال للتصرف القانوني الإرادي باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام الى أن تطور القانون الروماني ووصل عهد جستنيان وساد مبدأ سلطان الإرادة وأصبح المصدر الأساسي للإلتزام.

وكذلك لم يكن هناك تحديدا واضحا للواقعة المادية التي يترتب عليها أثر قانوني سواء اكانت اختيارية أو طبيعية .

وإنما كان ثمة من خلط في مصادر الالتزام بين التصرف القانوني الإرادي - والواقعة المادية ذات الأثر القانوني ، وقد تكون اختيارية ولكنها ليست ارادية مثل الفعل الضار والفعل غير المشروع - فالارادة هنا غير متجه لتقرير الإلتزام ، وأدى هذا الخلط الى خلط مشابه حتى الان في مصادر الإلتزام.

فالقانون الانجلو سكسوني مثلا يقيس على العقد وهو تصرف قانوني ارادي بما نسميه شبه العقد وهو واقعة مادية لادخل للارادة فيها ويفترض القانون وجود الارادة فيها فعقد التعويض - ومصدره قد يكون واقعة مادية يحته The Indiminity Contract

هو عقد الضمان من عقود الضمان أو التعويض أفترض فيه قيام الارادة ولم تتطهر القوانين اللاتينية من هذا الخلط بين التصرف القانوني الإرادي والواقعة القانونية في المصادر التي حددتها الا أنها حوّرت في مصادر الإلتزام التي ورثتها عن القانون الروماني وأصبحت تميز بين المسؤولية الناجمة عن التصرف القانوني الإرادي وتسميها عقدا وتلك الناجمة عن الواقعة القانونية الاختيارية وتسميها مسؤولية تقصيرية وأما الناجمة عن الواقعة القانونية الطبيعية التي لاسل للإدارة فيها ويكون لها أثر قانوني فمصدر الإلتزام فيها هو القانون .

وإستمر تعدد مصادر الالتزام فى المدرسة اللاتينية - بعيدا عن رد الالتزام الى مصدرية ،
التصرف القانونى الإرادى والواقعة القانونية ولم يتم - وربما حتى الآن لم توضع نظرية
مكاملة للتصرف القانونى والواقعة القانونية الاختيارية التى لم تعتمد الى إنشاء التزام
والواقعة القانونية الطبيعية المادية .

الا أن هناك محاولة فى المانيا فى هذا الخصوص فنظرية التصرف القانونى وجوهرها
الإرادة دشنها القانون المدنى الالمانى فى المواد من ١٦٦ الى ١٤٤ تحت عنوان اعلان الإرادة
الا ان هذه القانون لم يضع نظرية عامة للواقعة القانونية - وإن بَلَّوَر الفقه الالمانى الواقعة
القانونية كمصدر للالتزام وميّز بين الواقعة القانونية الاختيارية والواقعة القانونية الطبيعية .

وأصبح التصرف القانونى الإرادى هو بذاته الإرادة ومن تطبيقاته العقود الرضائية ومن
تطبيقاته أيضا التصرفات القانونية الإرادية التى قصدت الزام نفسها بإرادتها المنفردة
وأصبحت الواقعة القانونية تغطى الجريمة - وشبهة الجريمة وشبهة العقد وما يسمى الفعل
الضار والفعل غير المشروع ،

فقد التعويض فى القانونى الانجليزى الذى يعوض عما لحق من خسارة أو فوات من كسب
هو عقد مفترض لا وجود له وحقيقته واقعة قانونية اختيارية أو طبيعية - لا يلزم فيها الكتابة
والمسئول عن الضرر مسئولاً بنص القانون. وعقد الضمان هو التزام ارادى اى تصرف وليس
واقعة قانونية.

ولكن القانون الإنجليزى يرى التعويض بعض صور الضمان "The Indeminty Contract"

بافتراض قيام عقد غير موجود فعلا لانه مازال يأخذ بالمصادر التقليدية للالتزام التى
ورثها عن القانون الرومانى .

فالمسئولية التقصيرية فى القانون الانجليزى لا ترد الى الواقعة القانونية إنما هي مسئولية
عقدية ناتجة عن افتراض وجود عقد .

وهذا خلاف جوهرى بين المدرستين يرتب أثراً وتعبير التصرف القانونى استعمله (HOUG) لأول مره سنة ١٨٠٥ أخذاً عن الباند كتن Pandkten ثم استعمله الفقيه هيس (HEFS) سنة ١٩٠٧ وأصل التعبير رومانى . وكما اوضحنا سادت فكرة التصرف القانونى الارادى فى القانون الالمانى باعتبارها مصدراً أعم للإلتزام سواء فى القانون الخاص او الادارى .

فهى فى القانون الخاص تعبير عن الارادة بهدف أحداث نتيجة قانونية ولكنها ليست مجرد إعلان ارادة لان التصرف القانونى الارادى - هو بذاته الارادة - فالتصرف القانونى ركته الارادة - هو واقعة ايرادية عمدت إلى أحدث أثراً قانونية وفقاً لما عبرت عنه الارادة الواحدة او التقاء الارادتين .

والتصرف القانونى الارادى فى نطاق القانون الادارى يعبر عنه بالقرار.

ان رد الإلتزام الى مصدرين - على ما اوضحناه - يساعد على فهم القوانين المختلفة التى تأخذ بتعدد المصادر فى تقسيميات مختلفة - خاصة تلك التى تفترض قيام « شبه العقد » كمصدر للإلتزام وتتداخل فيها المصادر الارادية العامة الي أحداث أثر قانونى والمصادر غير الارادية العامة الى أحداث فعل والتى سميناهما إختياريه (الفعل الضار والعمل غير مشروع) (الجريمة وشبه الجريمة) وجميعها وقائع قانونية اختيارية لم يقصد مرتكبها انشاء الإلتزام وإنما يقرر الإلتزام فيها القانون . كذلك بالنسبة للواقعة القانونية الطبيعية.

رابعاً : محاولات رد خطاب الضمان البنكى الى قواعد كلية

شمولية فى القانون

مقدمة

هذه المحاولات تقوم اساساً فى المدرسة اللاتينية - الشمولية المنهج - أو مدرسة التقنين .. أما المدرسة الانجلوسكسونية الاستقرائية المنهج والتى تجعل من السوابق القضائية قانوناً

عاما - واجب الاتباع - فهي لا تفرق في هذا النقاش .

فالمدرستان وإن التقت جذورهما في القانون الروماني إلا أن الأولى ذهبت بعيدا في وضع القواعد الكلية (التقنين) وأما الثانية فلم تقطع الحبل السري بينها وبين جذورها باعتبار أن القانون الروماني كان قانونا استقرائيا شخصيا يعالج حالات فردية .

وعلى أي حال فمحاولات التكييف القانوني لخطاب الضمان تناولته المدرستان .

والذين يتلمسون تأصيلا قانونيا لخطاب الضمان البنكي - ويصرون على رد كل التصرفات والنظم القانونية إلى قواعد كلية إنما يعتبرون العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان هي التي أنشأته فهم مازالوا يتعلقون بنظرية السبب ، دون النظر إلى أن خطاب الضمان هو تصرف قانوني مجرد عن السبب وأيس عقدا حتي يرد أو يخرج من نظم تعاقدية ، وحتى عقد الضمان التقليدي ، خطاب الضمان ليس منه ولا يرد إليه انعقادا واثارا .

وقد اختلفوا .. فمن نظر إلى نظام خطاب الضمان البنكي على أنه ضمان رده إلى الكفالة ، ومن نظر إليه من ناحية الأمر والبنك والمستفيد قال أنه ائابة قاصرة أو حلول ..

ومن أدركوا أنه يقوم بين البنك والمستفيد في علاقة مستقلة عن العلاقتين الآخرين ويقوم بإرادة البنك وحده ، عبثه التزاما بالإرادة المنفردة ، والذين نظروا إليه باعتباره نتيجة لعقد الخدمة المصرفية بين الأمر والبنك ، قالوا ، هو اشتراط لمصلحة الغير .

وخطاب الضمان البنكي ليس هذا ولا ذاك ، ولا نياك ، فالعلاقات المحيطة به لا تزيد عن كونها مناسبة لصنوره وهو مستقل عنها تماما ومتفصل عنها ، هذا علاوة على أنه ليس علاقة تعاقدية ، فخطاب الضمان ليس عقدا ، أضف إلى ذلك أنه مجرد عن السبب

وليس من الضروري أن تكون كل التصرفات القانونية والعلاقات الناجمة عنها ، أو تلك الناجمة عن الواقعة القانونية الاختيارية أو القهرية ، ليس من الضروري ، أن تكون هذه العلاقات يمكن ربطها ببعضها وردها إلى أصل واحد .

وقد نشأ خطاب الضمان البنكي أساسا من الحاجة والعرف البنكي الدولى ، ولا شك انه تشابه مع تصرفات سابقة على وجوده ، ولكن ، لا شبهة ايضا بأنه ثمرة جديدة أملت لها حاجة التجارة الدولية واجتهادات البنوك ، والمحامون الدوليون ، ورجال الأعمال ، وأسهم فى استقراره احكام القضاء ثم يشنته المنظمات الدولية ، وبعد ذلك قررته اللوائح والقوانين .

فنظام خطاب الضمان البنكي نوع طبيعة خاصة فى صدره ، والالتزام به وأثاره وإنقضائه . جوهر نظام خطاب الضمان البنكي ومفهومه الدولى واحد ، وان كان هناك بعض الخلافات المكانية فى الممارسات العملية والتطبيقات القانونية ، وتحاول المنظمات والمؤسسات القانونية الدولية معالجة ذلك بوضع صياغة موحدة لقواعد خطاب الضمان البنكى .

والمحاولات الفقهية الهادفة لربط نظام خطاب الضمان البنكى بالنظم والعقود السابقة على وجوده باعتباره إشتقاق منها ، هذه المحاولات ، تؤثر على وظيفة خطاب الضمان البنكى وتوقعه عن اداء الخدمة التجارية الدولية المناطة به .

وإذا قلنا ان خطاب الضمان البنكى ، هو ضمان ، فذلك فقط فى حدود ان الضمان اسم جنس وخطاب الضمان البنكى اسم نوع مستقل عنه بذاته ، وكما ان الحيوان اسم جنس والانسان نوع منه ، كذلك خطاب الضمان نوع آخر من الضمانات فليس كفالة ولا اشتراط لمصلحة الغير ولا إنابة قاصرة ، ولا التزام بالارادة المنفردة للاحول وإنما هو : «تصرف قانونى جديد ونظام قانونى قائم بذاته له سماته ومكوناته وأثاره وأسلوبه المنفرد فى الإعتقاد والآثار والانتقضاء» .

ان محاولات رد نظام خطاب الضمان الى نظم قانونية سابقة عليه باعتباره متفرعا عنها هو على أشده فى المدرسة الشمولية التى تأخذ بالتقنين متأثرة بالرضائية والسببية وفكرة العدالة ، والمدرسة الانجلوسكسونية ، كما أسلفنا أقل إغراقا فى هذا الموضوع فهى مازالت أساسا مدرسة استقرائية لا تصر على ضرورة وجود قاعدة شاملة ينبثق عنها نظام قانونى معين فالتصرفات أساسا احكام شخصية ذاتية خاصة بكل حالة ، تعممها الاحكام على الحالات

المشابهة وتسمى (القانون العام) قابلة للتطويع والتغيير من خلال الاحكام أيضا بتطور المجتمع واختلاف الزمان والمكان والعادات والعرف ، وإن كانت هذه المدرسة تلجأ الى التقنين.

ومحاولات التكيف القانوني لنظام خطاب الضمان كما هو في المفهوم الدولي ، إنما هي اساسا إجتهااد من الفقهاء الذين يرون رد نظام خطاب الضمان البنكي الى نص قانوني معين ولا يسلمون بأنه إبداع جديد كل الجدة لا يلتقي بأى نظام قانوني سابق عليه .
وبعض احكام القضاء تشيحت لنظرة الفقهاء فى ذلك ونتتبع الان هذه المحاولات .

خطاب الضمان البنكى ليس كفالة

١ - لا يمكن أن يكون عقد الكفالة اساسا قانونيا يرد اليه نظام خطاب الضمان البنكى ، فأحكام الكفالة لا تتفق مع أحكام خطاب الضمان البنكى ، هذا مع الإختلاف فى الإنعقاد فالكفالة عقد تلاقت فيه ارادتين وخطاب الضمان تصرف قانوني بإرادة منفردة التزام شخصي قبلُ المستفيد لاتربطه بالملتزم البنك أى علاقة سابقة ويس لارادته أى دور فى قيام خطاب الضمان البنكى فى ذمة البنك ، وهو ايضا لا يلتزم قبل البنك بأى التزام ، ويقوم خطاب الضمان بون موافقة المستفيد وحتى بالرغم من رفضة منتجا لأثاره الى ان ينتهى أجله .

ولعقد الكفالة سبب يدور معه وجودا وعدما ونبحث فيه عن السبب الحقيقي ولا تقف عند السبب الظاهر أو المفترض ، وأما خطاب الضمان البنكى فهو مجرد عن السبب بالمفهوم الذى اسلفناه .

٢ - وبالرغم من كل ذلك ، تنتظر بعض البلاد ومنها فرنسا الى خطاب الضمان البنكى

باعتباره نوعاً خاصاً من الكفالة التجارية أو الضمان ، وتحور في مفهوم هذا النوع الخاص من الكفالة التجارية أو الضمان لتطوُّعها لاحكام خطاب الضمان ، علماً بأن أى عمل فى مجال التجارة تقوم به البنوك هو عمل تجارى .

٣ - والقول بأن خطاب الضمان البنكى هو عقد كفالة يصدر فيه الإيجاب عن البنك والقبول من المستفيد ، صراحة أو ضمناً ، تنقصه الدقة ، لأن خطاب الضمان يقوم فور صدوره من البنك وليس مرهوناً بقبول المستفيد أو رفضه ويبقى قائماً منتجا لآثاره بمجرد صدوره عن البنك طوال أجله حتى مع رفض المستفيد له فإرادته غير ذات اعتباراً ولا تهم فى قيامه .

٤ - أما أن الكفالة تقوم دون علم المكفول أو حتى بالرغم من معارضته ، فالوفاء بالدين من غير المدين جائز طالما قبله الدائن ، فهذا قياس مع الفارق فيه مغالطة منطقية فخطاب الضمان يقوم بالرغم من معارضة أو علم الدائن ، أما الكفالة فتقوم بالرغم من معارضة أو علم المدين .

٥ - الكفالة يُمدُّ أجلها باتفاق الكفيل و الدائن بالرغم من معارضة المكفول المدين فلا يقاس ذلك على تجديد خطاب الضمان بإرادة البنك وحده وتوضح فيما بعد أن خطاب الضمان لا يُمدُّ وإنما ما يقال عنه أنه مدٌّ لخطاب الضمان البنكى هو تجديد له والكفالة بمد أجلها لأنها عقد بين الكفيل والدائن أو بين الكفيل والمدين مع قبول الدائن بها فى بعض الأحيان أو بين الثلاثة .

٦ - الكتابه فى الكفالة وسيلة اثبات لعقد الكفالة ويلزم فيها قبول المستفيد وإن لم تُشترط الكتابه لاثبات قبول المستفيد عند المصرف .

أما ورقة خطاب الضمان فهى بذاتها الضمان فهى تنشؤه ولا يلزم فيه قبول المستفيد لانه ليس عقداً وإنما التزاماً شخصياً بإرادة البنك يجوز صرف المستفيد له حتى إذا فقد الصك

الموجود لديه فأصله ثابت في دفاتر البنك ولا يمكن تصور وجود خطاب الضمان البنكي بدون صك مكتوب في دفاتره البنك وليس خطاب الضمان البنكي بأى صورته عقد بين البنك والمستفيد ، فذلك يهدم تماما طبيعته الخاصة والنظر اليه علي أنه مجرد عن السبب وصادر بإرادة البنك وحده وملزم بقوة القانون.

٧ - والبنك لا يمكنه أبداً إبطال خطاب الضمان الصادر عنه إذا لم يكن أصلاً منعزلاً للتزوير البين والغش الفاضح من المستفيد ، ولا يمكنه التمسك بعيوب الإرادة أو تزوير موظفيه أو تواطؤ الموظفين مع الأمر ما دام موقعا من صاحب حق التوقيع وصادر عن البنك ومفيد في دفاتره، وليس ذلك كذلك في الكفالة .

٨ - وفي خطاب الضمان المقابل ليس البنك المحلى كفيل للبنك الاجنبى ذلك انه اذا صدر خطاب الضمان للبنك المحلى من البنك الاجنبى وكان حق المستفيد فى مواجهة البنك المحلى فأنه فى هذه الحالة تكون العلاقتين ، البنك المحلى والبنك الاجنبى ، والبنك المحلى والمستفيد ، علاقتين منفصلتين تماما يحكم كل منها خطاب الضمان الخاص بها وليس أحدهما كفيلا للآخر .

اما اذا كان خطاب الضمان صادر مباشر من البنك الاجنبى للمستفيد المحلى فليس هناك أى كفالة من البنك المحلى لبنك الاجنبى حتى اذا عزز البنك المحلى هذا الضمان الوارد ايه من البنك الاجنبى يكون للمستفيد مدينين يرجع عليهما أو احدهما ، اما علاقة البنكين فينظمها خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى للبنك المحلى ، وهى علاقة منفصلة ويعيده عن المستفيد ومقررة أصلا بالاتفاق السابق بينهما بتبادل الخدمات المصرفية .

٩ - والقول بأن خطاب الضمان البنكى هو نوع خاص من الكفالة التجارية أو الكفالة التضامنية أو الكفالة البنكية ، هو محاولة للتقريب أو التلطيف تؤدي الى الغاء خطاب الضمان البنكى بطبيعته المتميزة واستقلاله المطلق وتهدر وظيفته في التجارة الدولية لأن

هذا التكيف معناه ان ابراء المستفيد لزمة البنك صراحة أو ضمنا ينهى خطاب الضمان وذلك ليس كذلك فى احكام خطاب الضمان لان ذلك ضد طبيعته والنور الذى يقوم به فى التجارة النواية ومعنى ذلك أن ابراء المستفيد للأمر ينهى خطاب الضمان وهذا خلط بين العلاقات المستقلة وغير صحيح .

وكلها اتمام إرادة غريبة عن الإرادة التى أقامت خطاب الضمان ليكون لها أثر فى إنهائه وهى التى لم تسهم اصلا فى قيامه ، ونحن لسنا بصدد عقد وإنما تصرف قانونى مجرد عن السبب بإرادة البنك وحده .

١٠- يسمح هذا التكيف بتنصل البنك من خطاب الضمان ويعطيه الحق ان يدفع عند طلب المستفيد الصرف بانه كان سببا فى اضعاف تأميناته قبل الامر وأن استحالة رجوعه على العميل انما يرجع لسبب صادر عنه وهذا خلط آخر للعلاقات والغاء لخطاب الضمان ووظيفته يربط بين دين الأمر والتزام البنك قبل المستفيد .

١١- والنظر الى خطاب الضمان البنكى على أنه كفالة يترتب عليه أن يكون للبنك كافة دفعات الأمر قبل المستفيد ، علاوة على دفعات البنك ، وذلك بالنسبة لانعقاده وسريانه ، وإنقضائه . وهذا النظر الى خطاب الضمان البنكى يعتبره عقداً ، وهو ليس كذلك فهو لا يولد التزامات متقابلة بين المستفيد والبنك ، وهو المجرد من السبب المظهر من الدفع . ويخلط بين العلاقات المحيطة بخطاب الضمان البنكى، وهى المنفصلة عنه، وهو مستقل عنها، وهذا اهدار لنظام خطاب الضمان كله

١٢- وفى الكفالة يرجع الكفيل بعد الوفاء للمستفيد على المكفول المدين ، بدعوى الحلول او الاثراء عندما تكون الكفالة قد عقدت بالرغم من معارضة المدين او مدَّ أجلها دون موافقته.

ويشترط في هذه الحالة افتتار الكفيل وثراء المكفول المدين ، فقد يكون سبق للمكفول ان دفع جزء من الدين أو أن الدين إنقضى بالتقادم أو السقوط أو لأى سبب آخر أو أنه قد عقد أصلا باطلا ويرجع الكفيل على المكفول طبقا لعقد الكفالة وشروطه .

١٣- ويرجع الكفيل ايضا على المكفول بدعوى الطول في حالة افلاس المكفول المدين او إعساره او اتفاهه مع الكفيل على اسقاط التزام الكفيل قبل اجل الوفاء . ومع هذا قام الكفيل ، بالدفع للمستفيد الدائن مخالفا اتفاهه والرجوع بدعوى الطول يلزم فيه أن يكون الحال قد اوفى من ماله وليس من مال المدين لديه او على حسابه المكشوف ، ويتمتع الحال بجميع وأجه دفاع وبفوق الدائن . ولاشئ من هذا فى خطاب الضمان البنكى .

١٤- وفى مصر لا يجوز الرجوع على المكفول ، الذى عارض قيام الكفالة ، الا بعد حلول الدين ووفاء الكفيل للدائن يعد اخطار المدين بشرط ألا يكون الدين باطلا أصلا او انقضى لأى سبب ، وهنا الرجوع بدعوى الاثراء يلزم فيه ، بعد اخطار المدين من الكفيل اعطائه فرصة معقولة للرد .

١٥- وكل هذا بعيد كل البعد عن خطاب الضمان البنكى ، فالبتك يدفع ديننا عليه هو مباشرة للمستفيد شخصا ، ليس للكرم أى علاقة به ولم يشترك فى تقريره وقيامه ، وهو ليس نتيجة عقد وإنما هو تصرف مجرد عن السبب بارادة البنك ، وعلاقة البنك تُرد فقط الى عقد الخدمة المصرفية بينهما المنفصلة عن خطاب الضمان ذاته .

١٦- وهذه الاحكام فى رجوع الكفيل بعيدة كل البعد عن خطاب الضمان ، فكرة رجوع البنك بما يدفعه اعمالا لخطاب الضمان البنكى منعمدة تماما لانه يدفع ديننا عليه تقرر فى ذمته مباشرة .

وهذا جوهر خطاب الضمان البنكى واهم مبررات وجوده فى التجارة الدولية وربطه بالكفالة واحكامها يهده تماما .

١٧- والبنك لا يعود بخطاب الضمان على الأمر . والبنك لا يحل محل المستفيد في أى حق له قبل الأمر ولا يخلط نفسه بهذه العلاقة .

والبنك لا يفتقر بقيمة خطاب الضمان لانه دين عليه والمستفيد لا يفتنى من قبض قيمة خطاب الضمان لانه حق شخصي مقرر له والأمر لا يثرى بقبض المستفيد لخطاب الضمان من حساب البنك .

١٨- ويجزُ البنك لاقحام نفسه على علاقة الأمر بالمستفيد وتوريطة في العملية التجارية الاصلية ولا يكفى القول بأن خطاب الضمان البنكي كفاله من نوع خاص لا يلزم فيها ان يكون المبلغ الذى دفعه البنك للمستفيد يزيد عن التزام الأمر وأن هذه الكفالة الخاصة تعفى البنك من بحث ميعاد استحقاق دين الأمر للمستفيد. - فهذا التلقيق قصير النظر ينظر إلى ترقية ناحية واحدة وبهدر الاساس الشامل لخطاب الضمان البنكي ، وهذا التلقيق يؤدى الى خروج أكثر إلتساما .

١٩- بقي أن نقول أن الكفالة تُزاولها أحيانا البنوك في التجارة الدولية سواء أكانت كفالة تضامنية أو عادية تقوم نظاما مستقلا له خصائصه العقيدية ، مختلفة تماما عن خطاب الضمان انعقادا وأحكاما .

فكيف يمكن القول ، والبنوك تتعاطى اعمال الكفالة بكافة مُسمياتها وكذلك اعمال الضمانات العادية ، ان هذا أو تلك هي بذلتها خطاب الضمان البنكي وذلك بالرغم من اختلافها ، انعقادا ، ووجودا وأثارا مع اختلاف اهدافها واغراضها ومهامها في تأمين التجارة الدولية وتيسرها .
خطاب الضمان البنكي انن ليس كفالة وإنما هو نظام قانوني مستقل بذاته وله طبيعته الخاصة .

مقارنة

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	الكفالة
١	تصرف قانون بارادة منفردة يلزم فقط من اصدره .	١	عقد تم بتلاقى ارادتين فيه من التزامات متبادله .
٢	مجرد عن السبب	٢	له سبب بكل ما يترتب على ذلك اثار .
٣	يقوم بالرغم من معارضة أو عدم علم المستفيد الدائن .	٣	تقوم احيانا بالرغم من معارضة او علم المدين .
٤	يجدد ولا يمد بارادة البنك وحده .	٤	تمد باتفاق اطرافها بالرغم من معارضة المدين.
٥	الكتابة في خطاب الضمان في دفاتر البنك وصكه ركن وجود لخطاب الضمان وليس مجرد وسيلة إثبات فلا يقوم خطاب الضمان شفاهة.	٥	الكتابة وسيلة اثبات وليست شرطاً في قيام الكفالة التي تتعقد بالتقاء الايجاب والقبول .
٦	يمكن صرف خطاب الضمان من المستفيد دون وجود صكه معه فأصله ثابت في دفاتر البنك.	٦	قد يصرف المكفول فيه الكفالة التي ابرامها دون تقديم ورقة مكتويه فالعبرة بقبوله للكفالة لإنعقادها .
٧	لا يستطيع البنك ابطال خطاب الضمان صادر عنه اذ لم يكن اصلا منعذما أو مزورا تزويرا فاضحا بتواطؤ المستفيد طالما انه صدر شكلا صحيحا موقعاً من صاحب الحق في ذلك ومقيّداً في دفاتر البنك حتى لو كان سهلوا اصداره موظفوه لتواطؤهم مع الامر .	٧	يستطيع الكفيل التنصل من الكفالة لعيوب الرضا أو إنعدام السبب أو خلافة وكذلك يملك دفاع ودفع المدين الذي يوفى عنه .

م	خطاب الضمان البنكي	م	الكفالة
٨	إبراء المستفيد البنك من قيمة خطاب الضمان لا ينييه ويستمر قائماً لينتهي في اجله.	٨	إبراء الدائن للكفيل ينهي عقد الكفالة.
٩	لا يملك البنك أى دفاع أو دفع في مواجهة المستفيد تسمح له بالتوصل من خطاب الضمان الا للفسخ والتزوير البين المساهم فيه المستفيد أو انعدام وجود خطاب الضمان اصلاً .	٩	يملك الكفيل الدفع المقررة له في عقد الكفالة وكذلك دفاع ودفع المدين قبل الدائن المكفول ويحل محل الدائن المدين بعد الوفاء.
١٠	رجوع البنك على الأمر يكون بناءً عن عقد الخدمة البنكية بينهما وليس نابهاً من خطاب الضمان ذاته وهما علاقيتين منفصلتين .	١٠	يرجع الكفيل على المكفول طبقاً لعقد الكفالة أو بدعى المحلول أو دعوى الاثراء حسب الاحوال .
١١	ليس ما أوفى به البنك للمستفيد ديناً له على الأمر وإنما هو ديناً عليه مباشر للمستفيد ومستقل فدين البنك ليس هو دين الأمر ولا رابطة بينهما .	١١	دين الكفيل هو بذاته دين المكفول ويدفعه الكفيل عنه .
١٢	المستفيد لا يرجع بخطاب الضمان الا على البنك ذاته المصدر له دون سواء .	١٢	المكفول يرجع على الكفيل او المدين لوحده المحل .
١٣	لا يلزم اخطار الأمر من البنك قبل الصرف كقاعدة .	١٣	يلزم اخطار المدين قبل وفاء الكفيل كقاعدة (٧٩٨ مدينى) وإلا ترتب على ذلك اثاراً.
١٤	خطاب الضمان البنكي مجرد من السبب.	١٤	الكفالة ليست مجردة من السبب.

فخطاب الضمان البنكي في طبيعته وأحكامه - انعقاداً وأثاراً وإنتهاً يختلف اختلافاً كاملاً عن الكفالة ، فهو نظام قانوني قائم بذاته - والتشابه ليس تطابقاً فحشبيه الشخص ليس هو ذات الشخص .

خطاب الضمان

البنكي ليس إنايه قاصرة

الإناية الكاملة هي حلول شخصي محل شخص آخر للوفاء بدين عليه لشخص ثالث مع ابراء المدين الأصلي . والإناية القاصرة هي انضمام شخص ثالث الي المدين في التزام بوفاء دين الدائن يصبح وله مدينين .

وليس خطاب الضمان البنكي أحدهما لان البنك يدفع بمقتضاه ديناً عليه هو لاستفيد معين بالذات ودين الأمر للمستفيد هو دين آخر ، ودين البنك علي الأمر هو دين آخر بعقد آخر ، والعلاقات مستقلة ومنفصلة .

وإذا جاز ان تكون الإنابة القاصرة مجردة عن السبب أو أنها تمتد كما يتجدد خطاب الضمان . - فليس هذا التوافق اتفاق أو وحدة في النظامين ، وإمتداد الإنابة قاصرة فقط على علاقة النائب بالمنيب (المدين الجديد بالمدين الأصلي) المادة ٣٦١ مدني مصر ، أما علاقة المنيب بالمناب اليه (المدين الأصلي بالدائن او المستفيد) فلا يطولها الإمتداد .

وخطاب الضمان البنكي يجدد ولا يمد . - واعتبار خطاب الضمان البنكي إنايه قاصرة يؤدي الي :

- ١- اهدار وتلفية خطاب الضمان البنكي في تأمين التجارة الدولية.
- ٢- عدم إقدام البنوك على اصدار خطاب الضمان لأن البنك سوف يرجع علي عميله ، ليس على اساس عقد الخدمة المصرفيه بينهما ، ولكن بمقتضى قواعد الإنابة القاصرة .

فإذا عاد تأسيسا علي قواعد الوكالة فلن تتوافر له السرعة والقة التي تستلزمها اعمال البنك .

وإذا رجع على اساس قواعد الفضالة يكون عليه ان يثبت ان مادفعه كان ضروريا ولا يكفى ان يكون نافعا .

وإذا رجع على اساس قواعد الاثراء ، اذا توافرت شروطها ، يواجه البنك مخاطر الا يتقاضى الا أقل القيمتين ، بقدر ما افتقر البنك ، أو بقدر ما أثرى العميل على حساب البنك.

٢- وهذا يدخل البنك فى علاقة العميل بالمستفيد الأمر الذى جاء خطاب الضمان لتوقيه وإبعاد البنك عن مخاطره .

٤- خطاب الضمان بسيط وواضح وسريع في رجوع البنك ، محسوبة مخاطرة ، على البنك له غطاء نقدي أو عيني ..

مقارنة

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	الإتاوة القاصرة
١	يصدر بإرادة البنك وحده وليس عقدا .	١	عقد طرفيه النائب والمنيب والنائب اليه .
٢	لايستطيع المستفيد مطالبة الأمر بمقتضاه .	٢	يستطيع النائب المستفيد مطالبة المنيب .
٣	البنك يدفع دين عليه هو وليس دين الأمر .	٣	النائب يدفع عن المنيب ذات الدين أى وحده المحل فى عقدى المنيب والنائب ، والمنيب والنائب اليه " المستفيد "
٤	الكتابة ركن لقيام خطاب الضمان فلا يصدر خطاب الضمان شفاهة .	٤	الكتابة وسيلة اثبات لعقد الإتاوة القاصرة .
٥	خطاب الضمان مجرد عن السبب .	٥	للإتاوة القاصرة سببا أصلا . (مادة ٣٦١ مئى)

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	الإجابة القاصرة
٦	خطاب الضمان التزام فوري مصدره الوحيد صكة مستقل عن علاقة الأمر بالبنك .	٦	الإجابة القاصرة التزام تعهدى وليس فوري وللمنيب دفاع ودفع المدعى الأصلي التابعه من عقد الدين .
٧	لا يعود البنك بما يدفعه للمستفيد على الأمر .	٧	يعود النائب بما يدفع عن المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء .

فالإجابة القاصرة لا تصلح لتفسير خطاب الضمان البنكي فهو نظام قانونى آخر .

خطاب الضمان البنكي

ليس من سندات الإلتئمان

سندات الإلتئمان هي الأوراق التجارية القابلة للتداول بالتظهير والحائز للورقة المثبتة للحق يكون صاحبه ، وذلك تأسيسا علي ان الورقة تقتضى ملكية الحق الثابت فيها وليس لان الحق مندمجا فى الورقة فقد لا يكون كذلك فهو يبقى بعد هلاك الورقة المثبتة له او تلفها او ضياعها ويستحق الحائز الاخير قبض قيمة السند من المدين وذلك بشروط هي :

- ١- ان تكون حيازته مشروعة .
- ٢- ان يكون حسن النية.
- ٣- ان يكون حيازته بسبب صحيح .
- ٤- ان يكون الحائز هو المالك للحق الثابت بالورقة .
- ٥- ان يكون المدين المذكور في السند أهلية الوفاء .
- ٦- ان يكون للدائن اهلية الاقتضاء .

٧- يلزم ان يسعى الدائن بالسند الى المدين ويعطيه له مقابل الوفاء به ، فالحق وان لم يكن مندمجا في السند الا أنه مرتبط به فاذا لم يتم ذلك كان للمدين الحق في الامتناع عن الوفاء .

٨- وفي حالة هلاك السند او ضياعه يتقدم الحامل الاخير قبل هلاك السند او ضياعه للمدين طالبا الوفاء ، فاذا تيقن المدين انه صاحب الحق فيه وان حيازته له قبل هلاكه او ضياعه كانت مشروعة ويقتضى ذلك عليه معرفته بسلسلة التظاهرات ونوعها وطبيعتها وتام تحول الحق فيها فيمكن ان يدفع للمدين تحت مسؤوليته ، فاذا ظهر حائز شرعي آخر كان عليه ان يدفع مرة أخرى طبقا للمبدأ القائل (من يدفع خطأ يدفع مرتين)

اما السند المدني فالحق فيه شخصي فلا ضرورة لوجوده بيد الدائن عند المطالبة بالوفاء ، فهو غير قابل للتداول ، فاذا سرق أو ضاع فالحق الثابت فيه لا ينتقل لحامله سواء اكان السند اسمي او عادي .

اما السند لحامله فصاحب الحق الثابت فيه هو حامله والحائز له ، والسند الاسمي يلزم ان تتم حيازته بتحويله دون معارضة من الحامل الاصلى ويثبت ذلك في دفاتر المدين وسجلاته

مقارنة

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	مندات الائتمان
١	سند منشئ للحق في ذمة البنك	١	سند كاشف عن الحق في ذمة المسحوب عليه .
٢	يصدره المدين به .	٢	يسحبه الدائن ويقبله المدين .
٣	لا يشترط تقديم السند عند الصرف .	٣	يلزم تقديم السند عند الصرف .
٤	الحق غير مندمج في السند .	٤	الحق غير مندمج في السند ولكنه مرتبط به .

٢	خطاب الضمان البنكي	٣	سندات الائتمان
٥	كاف بذاته ونصه ، وهو مناط وحدود التزام البنك .	٥	حامل السند المظهر اليه حقه شخصي ، مستقلا عن حق الحامل السابق وغير مرتبط به ومرتبط فقط بالحق الثابت في السند ، وليس للمدين اى دفاع مستمد من مصادر خارجة عن نص السند ذاته لارتباط الحق بالسند .
٦	غير قابل للتداول .	٦	غير قابل للتداول .
٧	مجرد عن السبب .	٧	مجرد عن السبب .
٨	ينطوى على حق واحد شخصي .	٨	تتعدد الحقوق والالتزامات فيها للمظهرين عند الرجوع وكل حق مستقل عن الآخر مرتبط فقط بالحق الوارد في السند .

وهذه الفروق بين النظامين تجعل إحداها شيئا آخر بخلاف الثاني .

وسندات الائتمان تستعملها البنوك في تأمين التجارة الدولية الى جوار خطابات الضمان باعتبارهما نظامين مختلفين ليس احدهما هو الاخر او يمكن رده اليه لاختلافهما جوهريا .

خطاب الضمان البنكي ليس التزاما بالارادة المنفردة

١ - لم تعد الارادة المنفردة في القانون المصرى وكذلك الفرنسى مصدرا من مصادر الالتزام الا فى الحالات التى نص عليها القانون ، وفى هذه الحالات يرد الالتزام الى نص القانون

الذى سمع بها ، لان الارادة المنفردة ليست مصدرا عاما للالتزام قادرة ان تلزم نفسها ، فالتعهد المنفرد ذاته لا قدره له على انشاء التزام فى نمة من تعهد به الا اذا كان هناك نص فى القانون يعطى مثل هذا التعهد قوته الازامية اما القانون الالمانى فيعتبر الارادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام.

٢ - وأى التزام بالإدارة المنفردة يلزم ان يكون له سببا خاصة فى مصر طبقا لنص المادة ٢٧٣ مدنى . - فاذا كان ذلك ، اذن ، مستحيل ان تكون الارادة المنفردة مصدرا لخطاب الضمان لانه مجرد عن السبب .

٣ - وفى الالتزام بالارادة المنفردة يمكن للملتزم ان يمتنع عن الصرف للمستفيد لعيب فى ارادته . - وهذا مستحيل فى خطاب الضمان البنكى فلا يستطيع البنك أن يمتنع عن الصرف للمستفيد بحجة وجود عيب فى ارادته او ارادة عميله.

٤ - وفى الالتزام بالارادة المنفردة ليس من الضرورى ان يكون موجهها لشخص معين بالذات اما فى خطاب الضمان البنكى فيلزم ان يكون ، ومن تاريخ صدوره ، موجهها لشخص بالذات ، والخطأ فى شخص المستفيد يعدم خطاب الضمان .

٥ - والالتزام بالارادة المنفردة ، فى القوانين التى تجعلها مصدرا عاما للالتزام ، قد تصحح عقدا كالاجازة أو تنهى عقدا كالوكالة او تنشئ التزاما شخصيا فى نمة مصدرها بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل أو تسلم بضاعة أو خلاف ذلك .

وفى خطاب الضمان البنكى يكون التزام البنك دائما بمبلغ من النقود لشخص معين بالذات.

٦ - فى الالتزام بالارادة المنفردة ، كتصرف قانونى انفرادى يلزم موافقة المستفيد ، ليقوم الالتزام فى نمة مصدره بأثر رجعى من تاريخ صدوره .

ويقوم خطاب الضمان البنكى بمجرد صدوره عن البنك وخروج صكة من حيازته وتسجيله فى دفاتر ، فهو قائم ملزم للبنك من تاريخ انشاءه قبله أو رفضه المستفيد ، صدر ليبقى طوال

أجله ، وصرف المستفيد له فى أجله هو اثر من اثاره وليس سببا في انعقاد ولا يقع على المستفيد فى خطاب الضمان البنكى اى التزام قبل البنك لوقت صدوره أو فى فترة سريانة أو بعد صرفة .

٧- لا يستطيع البنك أن يُعَدِّلَ عن التزامه بخطاب الضمان بمجرد صدوره عنه فالتزامه به نهائى لا رجعة فيه لأى سبب كان ، وليس ذلك دائما هو حالة الالتزام بالارادة المنفردة .

٨- لا يمكن أن يكون هناك وعدا بإصدار خطاب ضمان بنكى فلا يجوز أن يعد البنك به ولا يلزمه مثل هذا الوعد وهذا يؤكد انه ليس التزاما بالارادة المنفردة التى يمكن أن تتجه الى وعد بالتعاقد .

٩- ثبوت خطاب الضمان البنكى فى دفاتر البنك كتابية هى ركن وجود وليست وسيلة اثبات وصياغته حرفية ونصه جامع مانع كاف بذاته وأن كان الحق فيه غير مندمج فى سند له لذلك يجوز صرفة اذا فقدت أو ضاعت ورقته من المستفيد ، فهو ثابت فى دفاتر البنك .
والالتزام بالارادة المنفردة الكتابية فيه وسيلة اثبات وليست ركن وجود .

فلا معنى إذن أن نتحدث عن الارادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام قادرة على إنشائه وإعطائه قوته الالزامية وذلك فى القانونين المصرى والفرنسى ، وإنما الذى يعطى القوة الإلزامية لما يصدر عن الارادة المنفردة هو القانون الذى يسمح لها نصا أن تلتزم فى حالات معينة نص عليها مع اختلاف القانون الالماني فى ذلك .

اما القول بأن الارادة قادرة على الزام نفسها بدليل الالتزام الماثل فى الكمبيالة والسند لحامله ، فهذا القول يغفل أن العرف التجارى ، والممارسات التجارية هى التى انشأت الالتزام فى الكمبيالة والسند لحامله وكذلك القانون الذى ينظمها وحتى القانون الالماني تقرر المادة ٧٩٤ التزام صاحب السند .

فخطاب الضمان البنكى ، إذن ، يستمد قوته الالزامية من العرف النوى والقانون فالبنك لا يلزم نفسه ، ولا تصلح الارادة المنفردة أن تكون وحدها مصدر الالتزام بخطاب الضمان البنكى .

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	الارادة المنفردة
١	ارادة البنك بذاتها لا تنشئ الالتزام وانما تعبر عن رغبتها ويقرر القانون الالتزام.	١	لم تعد مصدرا لالتزام في مصر وفرنسا دون المانيا .
٢	مجرد عن السبب .	٢	يلزم ان يكون لها سببا .
٣	يستحيل أن يمتنع البنك عن الصرف لعيب في ارادته .	٣	يمكن امتناع الملتزم بارادته عن الوفاء لعيب في ارادته .
٤	يلزم ان يكون موجها لشخص معين .	٤	ليس من الضروري ان تكون لشخص معين .
٥	محل الالتزام فيه دائما مبلغ معين من النقود .	٥	يعتمد فيها المحل فقد ترد علي تصحيح عقد وكالة أو قيام أو امتناع عن عمل أو تسليم بضاعة أو خلاقه .
٦	لا يلزم له موافقة المستفيد أو رفضه له.	٦	تلزم موافقة المستفيد ليقوم الالتزام بأثر رجعي من تاريخ صدوره وعدم الموافقة تنهى الالتزام.
٧	لا يستطيع البنك العدول عنه بعد اصداره .	٧	يستطيع الملتزم بارادته المنفردة العدول عن التزامه قبل المستفيد .
٨	لا وعد في خطاب الضمان والبنك غير ملتزم بالوعد .	٨	يصح بالارادة المنفردة الوعد بالالتزام أو الوعد بالعقد .
٩	الكتابة ركن وجود .	٩	الكتابة وسيلة اثبات .

خطاب الضمان البنكي

ليس اشتراطا لمصلحة الغير

١ - الإشتراط لمصلحة الغير وسيلة لانشاء الالتزام بإرادة المشتري وموافقة الملتزم ، وايضا المستفيد ، وعدم موافقة احدهما تعدمه.

وهو عقد يخضع لكافة شروط انعقاد العقد واركانه اطرافه ومحله وسببه ، ومرهون أجله بطبيعة الالتزام فيه والتاريخ الوارد به عادة هو تاريخ استحقاق وليس تاريخ انقضاء.

أما خطاب الضمان البنكي فهو تصرف قانوني مجرد عن السبب يصدر بإرادة الملتزم فيه ومصدره هو الملتزم به ولا عبره في قيامه وانعقاده بموافقة المستفيد أو رفضه فهو ليس طرفا فيه ، وليس عقدا ويسرى لمدة محددة والتاريخ الوارد فيه هو تاريخ إنقضاء وليس تاريخ استحقاق.

٢ - المشتري يمكنه العدول عن إرتباطه أو تعديله أو الفائه أو استبدال المستفيد فيه فكل ذلك مرهون بإرادة المشتري .

وفي خطاب الضمان البنكي لا يستطيع الأمر أو البنك أن يعدل عنه بعد اصداره أو أن يعدل شروطه أو صياغته أو يغير المستفيد منه .

٣ - في خطاب الضمان البنكي تنفصل العلاقات المحيطة به وتستقل عنه وهي ليست سببا له ومتعلقة الصلة به وكذلك مصادرها ، فهو التزام مباشر من البنك للمستفيد .

وفي الإشتراط لمصلحة الغير اطرافه الثلاث المشتري والملتزم والمستفيد مساهمين في انعقاده ، فهو غير مستقل عن علاقة المشتري بالملتزم ولا علاقة المشتري بالمستفيد ، ولا علاقة الملتزم بالمستفيد ، فجميع هذه العلاقات المحيطة به تؤثر فيه والملتزم به في مكنته استعمال

دفاع وبفقر العلاقات المحيطة به والتي اوجدته .

٤ - والقول بأن خطاب الضمان البنكي إشتراط لمصلحة الغير .. هذا الرأى يعطى للأمر دور ويسمح له بأن يطلب من البنك عدم الوفاء وهذا خلط بين علاقة البنك بالعمل وهى علاقة عقدية منفصلة ومستقلة عن خطاب الضمان ، بعلاقة البنك بالمستفيد المباشر والشخصية ويصبح خطاب الضمان ورقة لاقيمة لها يكون للبنك أو عميله العدول عنه في أى وقت .

٥ - ومحاولات التلقيق التى تقول بنوع جديد من الإشتراط لمصلحة الغير يسمونه (الإشتراط لمصلحة الغير المجرد عن السبب) حتى لا يكون للأمر أن يطالب البنك بعدم الوفاء تقع فى تناقضات بديهية فخطاب الضمان عندهم يرتب حقا على وعاء ذمة العميل خارجا عن سلطاته.

٦ - لا يمكن أن نتصور أن العميل يمكنه ان يحول للمستفيد حقا على الاعتماد المفتوح والمقرر من البنك لخطاب الضمان لأن هذا الإعتماد دين خارج عن ذمة العميل وسلطانها ، صاحبه هو البنك ، والغطاء المقدم للبنك فهو مبلغ خارج عن ذمة العميل وسلطانها فى الواقع لانه يكون مستغرقا برهن البنك له فكيف يمكن للعميل أن يقرر عليه حقا ؟ وإذا حجز على هذا الغطاء من الغير بدين ممتاز ، اصبح المستفيد من خطاب الضمان عارى تماما من أى ضمان لأن مبلغه مقرر على الغطاء المستغرق ، ويكون الحال كذلك وأسوأ ، اذا كان حق المستفيد مقرر على الاعتماد المفتوح للأمر ، فالتسهيلات البنكية دين فى وعاء ذمة العميل أى مبلغ سالب لا يستقيم معه القول أنه يمكنه ان يشترط عليه لصالح المستفيد ، وهذا النظر يجعل الأمر هو الدين وليس البنك يهدر هدف خطاب الضمان ويسوى بين خطاب الضمان ورهن حافظة الاوراق المالية أو وضعها على حسابات العميل لتجميد جزء منها لحساب المستفيد.

٧ - والتجريد في خطاب الضمان البنكي ليس هو حرمان الامر من الدفع بعدم التنفيذ فى

مواجهة البنك ، وإنما التجريد صفة للتصرف ذاته ككل ، والحرمان من الدفع نتيجة التجريد من السبب وليست هي التجريد .

وليس في القول بحرمان الأمر من الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة البنك تجريدا من السبب فلا يمكن ان ان نتصور أن الاشتراط لمصلحة الغير وهو عقد إرادي وكنه السبب هو في ذات الوقت مجردا عن السبب .

فمفهوم التجريد كما أوضحناه هو تعرية الالتزام من السبب وقيام الالتزام دون السماح بالخوض في أي دفع أو دفاع تُردُّ إلى السبب الباطن أو الحقيقي أو المفترض وليس ذلك مجرد حرمان من الدفع بعدم التنفيذ .

والأمر أصلا غريب عن العلاقة بعيدا عنها فليس بينه وبين خطاب الضمان البنكي أي صلة فالبنك قرره في نمة نفسه دون حق الرجوع عنه لمستفيد معين بالذات مباشرة دون أن يكون لهذا الأخير أو إرادته أي شأن في قيامه .

٨ - وهذا القول المرسل فيه خلط العلاقات ، لاننا في خطاب الضمان نعني البنك بالحرمان من الدفع فهو المصدر لخطاب الضمان ، وهو الملتزم به من ماله ، ولا دفع للأمر لنحرمة منها لأنه لا يستطيع أن يطلب من البنك أي طلب بخصوص صرف خطاب الضمان لأنه غريب عن علاقة البنك بالمستفيد ، وتطهير خطاب الضمان البنكي من دفع عيوب الإرادة في الغلط والاكراه والتدليس والدفع بعدم التنفيذ والمقاصة واتحاد الذم والبراء ذلك كله في علاقة البنك بالمستفيد ، فالتجريد هو التصرف القانوني الصحيح دون النظر إلى وجود سبب له وتتوقف صحته فقط على صحة التعبير عن الإرادة ، أو هو ، تأجيل الرجوع بالدفع إلى ما بعد الوفاء. «Pay First - Argue-Later»

وهذا الرأي يخلط العلاقات الثلاث بمقولة أنها وإن كانت مستقلة إلا أنها مرتبطة وهي في الواقع منفصلة .

٩ - والقول بأن رفض المستفيد لخطاب الضمان البنكي يُلغِي لإننا لا يمكن أن ندخل مالا في ذمته رغما عنه ، هذا القول ، لم يحط بنظام خطاب الضمان البنكي ، المحقق لاهدافه فمبلغ خطاب الضمان من مال البنك ويظل كذلك الى ان يصرفه فعلا المستفيد ، فليس هناك مال يدخل قصرا في ذمة المستفيد وعلى المستفيد الا يقوم بصرفه الى أن ينتهى اجله ، ليظل خطاب الضمان بفاعليته في التجارة الدولية بعيدا عن اسهام اى ارادة اخرى في قيامه غير ارادة البنك فهو ليس عقدا ..

١٠ - وإذا خُوِّلَ الأمر البنك في عقد الخدمة المصرفية حق تجديد خطاب الضمان دون مراجعته فليس ذلك أبداً شبهة الانعمان ، ذلك لأن ذلك عملاً مفيداً للعميل وأخف عبئاً عليه من صرف قيمة خطاب الضمان ، ومن ناحية أخرى فإن البنك وحده هو المدين بقيمة خطاب الضمان ومن ماله فله أصلاً ومنطقياً هذا الحق الذي يفيد العميل ولا يضره ، وهذا لا يؤدي الى اقام البنك في العملية التجارية أو يعطى العميل الفرصة للتصل من عمل البنك لأن تنصله هذا معناه أنه كان يفضل دفع البنك لقيمة خطاب الضمان وهذا يفقره أكثر ، هذا علاوة ، على أن علاقتهما محكومة بعقد الخدمة المصرفية ولا شأن للأمر بخطاب الضمان في صدوره وانعقاده ومدة سريانه وانقضائه . حتى ولو كان قد اشترك مع البنك في صياغته ويجب أن نسلم أن خطاب الضمان البنكي هو نظام قانونى آخر ذو طبيعة خاصة في انعقاده وأثاره وإنقضائه ، وليس الإشتراط لمصلحة الغير ، وایس تابعاً من احكامه او يمكن رده اليها .

ولا لزوم لتطويع مفهوم الإشتراط لحساب الغير باضافة عبارة (المجرى) اليه فهذا مع خطئه في فهم مدلول التجريد لا يحل اشكالا .

٢	خطاب الضمان البنكي	٢	الارادة المنفردة
١	ليس عقدا	١	تعاهد ثلاثي الأطراف.
٢	مُصدره هو الملتزم به	٢	مُصدره غير الملتزم به .
٣	لا يؤثر في انعقاده قبول المستفيد او رفضه	٣	لا يتعقد الا بقبول الملتزم والمستفيد.
٤	مجرد عن السبب	٤	له سببا
٥	تاريخ اجله تاريخ انقضائه	٥	تاريخه تاريخ إستحقاقه
٦	غير قابل للرجوع فيه او تعديله او تغيير المستفيد من البنك والأمر	٦	قابل للرجوع فيه من المشرط دون خلفه وقابل للتعديل وتغيير المستفيد.
٧	مستقل عن العلاقات المحيطة به ، غير متأثر بها قائم بذاته ، كاف بسنده لا يستطيع البنك دفع طلب المستفيد بأى دفع	٧	مرتبط بالعلاقات التى أسهمت فى وجوده وللملتزم الاحتجاج بدفع دفع المشرط فى مواجهة المستفيد والمشرط من حقه أن يطلب ويلزم الملتزم بالدفع او عدم الدفع المستفيد.
٨	الأمر غريب عن العلاقة لا يستطيع أن يطلب من البنك الدفع أو عدم الدفع .	٨	المشرط من حقه أن يطلب ويلزم بالدفع أو عدم الدفع للمستفيد .
٩	تقوم علاقة البنك بالمستفيد عند طلب الصرف فقط وليس قبل ذلك .	٩	علاقة الملتزم بالمستفيد تقوم من تاريخ عقد الاشتراط وله جميع الدفع النابعة من عقده مع المشرط كالدفع بعد التنفيذ
١٠	اسلفنا أن موافقة المستفيد ليست لازمة لانعقاده فهو يقوم بإرادة البنك وحده ولا التزام على المستفيد فيه من أى نوع وله فقط حق قبض القيمة فى الميعاد ان شاء والا سقط .	١٠	موافقة المستفيد كاشفة عن وجود حقة وليست مقرره له فقد نشأت من عقد المشرط والملتزم ولكن عدم موافقته تنهيه.

ان محاولات رد نظام الضمان البنكي الى القواعد المقررة لعقد أو نظام سابق عليه باعتبارها هو بذاته أو أنه صورة أخرى لا تتخذ في اعتبارها أن نظام خطاب الضمان البنكي كما استقر في العرف الدولي والقانوني يرد الى جنوره في القانون الروماني الإستقرائي والتي تستقر فيها القواعد القانونية من احكام تقرر مبادئ ونظم قانونية مختلفة مناسبة للحالات التي تعرض عليها . - وتتعدد فيها النظم القانونية بتعدد واختلاف الحالات التي تعالجها .

ثم ان هذا النظام يبعث التجريد من السبب كعامل هام في استقرار المعاملات ويأخذ به ويستحيل أن يثبت أو يلتقي بنظام آخر لحمته السبب والتقاء ارادتين .

ومصنّر هذا النظام أي خطاب الضمان البنكي ، هو التصرف القانوني وهو مصدر اكثر شمولاً من العقد والارادة المنفردة فهما بعض صوره ونظام خطاب الضمان البنكي صورة أخرى من التصرفات القانونية له السمات والاحكام الخاصة به .

لذلك لا تصلح اى هذه العقود والنظم ليتفرع منها خطاب الضمان البنكي فهو نظام له كيان قائم بذاته .



العلاقات الثلاثية المحيطة
بخطاب الضمان البنكي
فى التجارة الدولية

الفصل الثاني

ففي العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان البنكي

نتحدث في هذا الفصل عن العلاقات الثلاثية لخطاب الضمان البنكي السائدة في المعاملات الدولية عرفاً وقانوناً ، وقد تختلف في التطبيق من بلد لآخر .

العلاقة الأولى علاقة البنك بالعميل

التعاقد على اصدار خطاب الضمان :

علاقة البنك بالعميل عند طلب اصدار خطاب الضمان هي علاقة عقدية والعقد الذي يربطهما هو عقد خدمة مصرفية وليس عقد وكالة فالبنك يدفع من ماله وليس من مال العميل ولا يقوم بذلك نيابة عن العميل وإنما هو ملتزم مباشرة للمستفيد في علاقة مستقلة ومنفصلة . ومن حق البنك ان يقبل او يرفض طلب العميل ، فاذا قبل ، بعد مراجعة العميل ونصحه ، يتم اصدار خطاب الضمان بالصياغة المحددة في طلب العميل أو بعد تعديلها بناء على طلب ومشورة ونصيحة البنك لدفع مخاطر عنه وعن العميل .

ويقبل البنك لإيجاب العمل ، ينعقد عقد الخدمة المصرفية بينهما ويقوم البنك باصدار خطاب الضمان . وليس هذا العقد سببا لاصدار خطاب الضمان .
وليس هذا العقد وكالة من العمل للبنك بصدار خطاب الضمان . وليس هذا العقد اذابة من العمل للبنك باصدار خطاب الضمان .

أنه علاقة منفصلة ومستقلة تماما عن خطاب الضمان ، ليس أكثر من مجرد طلب خدمة مصرفية لا يختاط بالخدمة ذاتها ولا يحكمها ولا يؤثر فيها أو عليها .
لذلك ليس هناك وعدا ملزماً باصدار خطاب الضمان ، وإذا وعد البنك بذلك فلا يمكن للعميل إلزامه باصداره .

فخطاب الضمان البنكي ليس عقدا وإنما هو تصرف قانوني مجرد عن السبب يصدر عن الارادة الحرة المستقلة للبنك وحده .

وإذا أشير في صياغة خطاب الضمان الى العملية التجارية الصادر بمناسبةها فليس معنى هذا أن تلك العملية سببا له . فلا يقم خطاب الضمان البنك في العملية التجارية الاصلية ، فهذه علاقة ، ايضا ، بعيدة ومنفصلة ومستقلة عن خطاب الضمان او انه هو البعيد عنها .
وتحرص البنوك في الطلبات المطبوعة لهذه الخدمة المصرفية الصادرة عنها ان تضعنها ما يأتي :

١ - تاريخ انتهاء خطاب الضمان بشكل قطعي وواضح ، وتاريخ الانتهاء ليس تاريخ الاستحقاق لأن خطاب الضمان له أجل ينتهي فيه وهو بالنسبة للمستفيد مستحق الصرف من تاريخ صدوره الى ان ينتهي أجله فور طلبه اذا كان غير مشروط أو عند تحقق الشرط اذا كان مشروطا .

٢ - قيمة المبلغ النقدي الذي يلتزم بدفعه المستفيد في خطاب الضمان البنكي دائما وإلزاما مبلغ نقدي معين يلتزم بدفعه البنك دون أى التزام آخر من أى نوع .

٣ - إذا كان خطاب الضمان مشروطا ، يلزم تحديد دقيق للمستندات المطلوبة عند الصرف يكون واضح فيها الجهة المخول لها اصدارها وشكلها وصياغتها .

٤ - يلزم الا يعلق صرفة على ارادة البنك أو العمل وإلا فقد هويته كخطاب ضمان بنكي .

٥ - يلزم أن تكون صياغته المقترحة في طلبه واضحة في عدم خطئه أو ربطه بالعلاقات المحيطة به ، وتأكيد استقلاله عنها .

٦ - يلزم ان يكون نصه كاف بذاته وعباراته واضحة لاتخلطه بأي وسيلة من وسائل الضمان الأخرى كالضمان العادي أو الكفالة أو التعهد بالدفع او خلاف ذلك .

٧ - يلزم ان يكون واضحا من صياغة خطاب الضمان عدم اقحام البنك في العملية التجارية فهو مجرد التزام من البنك بدفع مبلغ من النقود في بحر مدة معينة لمستفيد معين بالذات غير قابل للرجوع فيه من الملتزم .

٨ - ويكون غموض النص وعدم وضوحه سببا لكثير من المنازعات عند طلب المستفيد الصرف وخلق المبررات القانونية لوقف صرفه ، وقد يجد البنك نفسه متورطا في العملية التجارية الاصلية.

ومن المقرر ان يكون دفع البنك للمستفيد في الميعاد دون مراجعة للعمل الأمر ، طالما ان المستفيد تقدم للصرف مستوفيا كافة المستندات المطلوبة في سند خطاب الضمان اذا كان مشروطا او يصرفه البنك بمجرد الاطلاع اذا لم يكن كذلك .

ولكن يجري العمل في البنوك على اخطار عملائها قبل الصرف لاعطائها الفرصة في طلب وقف الصرف قضائيا ، اذا كان له مبرر ، وهذا لا يمنع من الصرف الفوري للمستفيد ، اذا رأى ذلك ، وهو على أى حال لا يمهل المستفيد عادة لأكثر من ثلاثة ايام والا كان ملزما بتعويضه عن تأخير الصرف فهو الملتزم وحده في خطاب الضمان قبل المستفيد .

وحكمت محكمة جنيف في القضية ٤٦٥ لسنة ١٩٨٤ أنه لا تشريب على البنك اذا عطل

الصرف ثلاثة ايام ليتيح الفرصة لعميله أن يلجأ للقضاء لوقف الصرف ، مراعاة لمصلحة
عميله خاصة في حالة غش المستفيد .

والبنك ملتزم فقط بمراجعة المستندات من الناحية الشكلية ، للتأكد من صدورها من الجهة
المحول لها ذلك وانها بالصياغة المحدد أو المشار اليه في سند خطاب الضمان ، ولا يلزم البنك
بالبحث الموضوعي في صحة المستندات اللازمة للصرف .

فاذا لم يقوم البنك بما أنيط به يكون للعميل حقا في التعويض ، وتقدم شركات التأمين
ومؤسسات التمويل والضمان وسائل بديلة مستحقة الدفع عند الاطلاع تأخذ حكم وطبيعة
خطاب الضمان البنكي .

وأسلفنا أقول ان عقد اصدار خطاب الضمان بين البنك والعميل ، هو عقد خدمة مصرفية
وليس عقد وكالة فالبنك لا يقوم نيابة عن العميل باصدار خطاب اضمنان من مال العميل ،
وإنما يلتزم هو في ماله ومن ماله بالدفع للمستفيد في علاقة مباشرة لاعلاقة لها بالعميل .
وهذه الخدمة المصرفية تحقق مصالح جميع الاطراف :

(١) فالعميل لا يكون مضطرا لدفع اي مبالغ نقدية من امواله لضمان تنفيذ التزامه في العقد
الاصلي مع المستفيد ولا يكون مضطرا لحبس اي مبالغ في حساباته ايضا تبقى سيولته
على ما كانت عليه وخطاب الضمان أقل نفقة وعِبْأً من التأمينات الشخصية والعقارية .

(٢) والبنك يستفيد عمولاته ومصاريفه واتعابه مع محنوية المخاطر ومع وجود الغطاء الكلي
او الجزئي ، نقيا كان أو عينيا ، وكذلك ، يستفيد البنك مما قد يتقاضاه من فوائد عن
الرصيد المكشوف للغطاء.

وفي مجال الحديث عن عقد الخدمة المصرفية بين العميل والبنك نشير الى ما يلزمه ويلزم
له :

١- نصح العميل ٢- التجديد ٣- الغطاء

أولاً : نصح العميل

ان نصح العميل عند طلب خطاب الضمان هو التزام على البنك في بعض البلاد كسويسرا مثلا التي تلزم البنك بتقديم النصيحة ، ولكن البنك يلتزم بمراجعة الصياغة الناقصة لخطاب الضمان.

فالبنك اكثر احاطة من عميله بطروف التعامل السائدة في بلاد اخرى والقوانين المطبقة فيها، وعليه ان يبصر عميله بما تقتضى به قوانين هذه البلاد من احكام خاصة بخطاب الضمان البنكي ، خاصة خطاب الضمان غير المشروط. - فتركيا مثلا ينص القانون فيها :

١- على استمرار خطاب الضمان طالما ان لالتزام الذي صدر الضمان بمناسبته مازال قائما، اى أنه لانتهى خطاب الضمان البنكي بنهاية الاجل الوارد به .

وعطفا للقانون التركي المعدل لسنة ١٩٨١ يلزم مرور ١٠ سنوات من تاريخ صدوره اذا لم ينتهى العقد الاصلى قبل ذلك ليتقادم خطاب الضمان البكى .

٢- وفي بعض البلاد يلزم لانتهاء خطاب الضمان البنكى ان يسلم المستفيد البنك الورقة المثبتة له .

٣- وفي بعض البلاد يربط خطاب الضمان البنكى بالعقد الاصلى بين المستفيد والأمر وهذا يؤثر على التزامات البنك والأمر بل يخرج خطاب الضمان البنكى بمفهومه الدولى عن طبيعته المتفرده .

٤- كذلك يلزم نصح العميل وتبصيره بالقانون الواجب للتطبيق والاختصاص القضائى وينصح العميل بالنسبة لخطورة النص فى خطاب الضمان غير المشروط ، ويعدل الصياغة الناقصة او المعيبة فى حالات ضمان الدفعات النقدية والتي تخفض طبقا لمسيرة التنفيذ بذكر المستندات اللازمة لذلك .

ثانياً : تجديد خطاب الضمان

قد ينص في خطاب الضمان علي تخويل البنك تجديده دون مراجعة العميل الأمر ، بنفس شروطه وصياغته ويتم ذلك قبل انتهاء أجله .

ويعبر عن التجديد ، بأنه مد لخطاب الضمان ، خاصة في حالة ما اذا طلب المستفيد الصرف أو المد (التجديد)

ومصلحة العميل تكون دائماً في التجديد لأنه أخف عليه من الصرف ، وتخويل البنك هذا الحق دون مراجعة العميل جائز وصحيح ومعقول به ، ليس فيه شبهة الاذعان اذا رأى البنك انه انفع لعميله، فإذا لم يكن البنك مخولاً هذا الحق في عقد الخدمة المصرفية أو في الطلب الموقع من العميل ، فيلزم مراجعة العميل في الميعاد المناسب قبل أن يجدد البنك خطاب الضمان للمستفيد لأخذ موافقته على ذلك ، ويلزم أن يكون التجديد لمصلحة العميل وليس لمصلحة البنك المفوض بالتجديد ، فإذا أضر التجديد بالعمل كان البنك مسؤولاً الا اذا كان بناءً عن طلب العميل ، ويتم ذلك بأن يرسل البنك خطاباً يشير فيه الى خطاب الضمان الاول ورقمه ويعرفه تعريفاً جامعاً مانعاً ويقرر للمستفيد ان هذا الضمان بذاته وشروطه سوف ينتهي أجله يوم كذا الساعة كذا .

وهذا في الواقع ليس مدّاً لخطاب الضمان البنكي وإنما هو تجديد له وتكون بضد خطاب ضمان جديد وإن عُبِّرَ عنه بالمد.

فخطاب الضمان البنكي لا يجري عليه أن تعديل من البنك بعد صدوره ولا يمكنه ذلك فقد صدر لينتهي في أجله ، فلا يستطيع البنك أن يعدله بعد صدوره ولا يستطيع إدارته أن يمد أجله لأن ذلك تعديلاً له ، إنما يستطيع أن يصدر خطاب ضمان جديد بذات الشروط وذات الصياغة فالورقة التي تشير الى خطاب الضمان الأصلي وتخطر المستفيد أن أجله إمتد إلى تاريخ كذا ... هي في الواقع تجديد خطاب الضمان وليست مدّاً لأجله .

وأما الأمر والمستفيد فهما بعينين عن قيام وأنعقاد خطاب الضمان لا يمكنهما التدخل في إصداره أو تعديله أو تجديده ، فليس لایرادتيهما أى دور فى ذلك .

وطالب المستفيد (الدفع او المد) ليس معناه تدخل في تجديد خطاب الضمان فحقه قاصر على مبلغ الضمان والبنك هو الذى يقرر التجديد بإرادته المنفردة ، وليس بسبب طلب المستفيد ذلك .

ولنا عودة لدراسة هذا الموضوع عند الحديث فى علاقة البنك بالمستفيد .

وقد يرد النص على حق البنك في التجديد دون مراجعة العميل في عقد الخدمة المصرفية او في طلب هذه الخدمة او فى نص ورقة خطاب الضمان ذاته .

وإذا جدد البنك خطاب الضمان ، بعد سقوط اجله او انعدامه او استحالة المطالبة به او تقادمه يكون مسئولاً ويكون من حق عميله الرجوع عليه بالتعويض ، واسقاط جميع المصاريف والأتعاب والعمولات والفوائد التى احتسبها البنك بعد انتهاء خطاب الضمان .

وكذلك يحرر الغطاء النقدي او العيني او المنقول المرهون للبنك كغطاء ، أو حافظة الأوراق المالية .

وإذا تعدد البنك الاضرار بمصلحة عميله بتجديد خطاب الضمان متواطئاً مع المستفيد لای سبب مثل إعطائه فرصة لتقديم المستندات اللازمة للصرف فيلزم بتعويض العميل فيما لحقه من خسارة وما اصابه من ضرر .

ثالثاً : غطاء خطاب الضمان البنكي

يلتزم الأمر في علاقته بالبنك الذى ينظمها عقد الخدمة المصرفية بتقديم غطاء ضمان لإستيفاء البنك حقوقه المترتبة علي ادائه الخدمة المصرفية باصدار خطاب الضمان وقد يكون هذا الغطاء مبلغاً نقدياً ، يتم ايداعه من العميل فى حساب خاص او خصماً على حسابه في

البنك ، ويُجَدِّد المبلغ فلا يجوز للعميل السحب منه أو عليه أو استعماله بأى صورة حتى إنتهاء أجل خطاب الضمان بالصرف أو غيره وتسوية علاقة الطرفين بشأته وقد يكون الغطاء النقدي بنسبة ١٠٠٪ من قيمة الضمان والمصاريف والعمولات اى غطاء كامل وقد يكون الغطاء جزئى. والغطاء النقدي قد يتم في صورة تنازل من العميل للبنك عن مبالغ نقدية مستحقة له فى الخارج مؤكدة التحصيل ، يقوم البنك بتحويلها وايداعها حساب خاص ، وقد يكون الغطاء النقدي أوراق تجارية يظهرها العميل للبنك برسم التحصيل ، او اعتمادات خارجية يحولها العميل للبنك ، فاذا زادت التحصيلات عن مبلغ الغطاء المتفق عليه تُصرف الزيادة للعميل او يتم ايداعها فى حسابه الجارى او الاستثمارى .

ويتم الغطاء ايضا برهن حافظة الأوراق المالية للعميل لدى البنك مع التصريح له ببيعها فى حدود مبلغ الغطاء المتفق عليه إما فوراً أو عند استحقاق البنك الغطاء أو جزء منه ، ويتم الغطاء ايضا فى صورة تنازل للعميل عن مستحقات له قبل طرف ثالث يقوم البنك بتحصيلها ، ويلزم ان يكون تاريخ استحقاق هذه المستحقات سابقا على استحقاق خطاب الضمان مؤكدة التحصيل والا تعرض البنك لمخاطر عدم تحصيلها.

هذه صور من الغطاء النقدي الذى يتم ايداعه فى حساب خاص لفروعه من وعاء ذمة العميل فى دفاتر البنك ولكنه يبق داخل ذمة العميل ، ويعتبر البنك دائئنا مرتتها له وتسرى على الغطاء النقدي المجمد فوائد لحساب العميل أولا تسرى طبقا للإتفاق بينهما ، ويحبس الغطاء من تاريخ اصدار البنك لخطاب الضمان ، ويلتزم البنك بفك تجميده ورده الى حسابات العميل، إذا انتهى أجل خطاب الضمان دون صرف او بعد تسوية العلاقة فى حالة صرف المستفيد له ، ويلتزم البنك بوقف سريان الفوائد على القدر المكشوف من الغطاء وكذلك العمولات والمصاريف وأسقاطه الزهن او رفع الحجز، دون طلب من العميل، او اعداد البنك، ويمجرد إنتهاء أجل الضمان بصرف المستفيد او عدم صرفه ، ودون ، الإنتظار لرد المستفيد ورقة خطاب الضمان، والا تحمل البنك فى مواجهة العميل كافة التعويضات المترتبة عن تأخره عن الاضرار التى لحقت بالعميل .

وفي تسوية مركز العميل يقوم البنك بخصم المبلغ الذي صرفه المستفيد وتسوية العمولات المستحقة له والالتعاب والغوائد ومصاريف الحجز أو الرهن ان لم يكن الغطاء نقداً وكان رهنا عقاريا أو رهن محل تجارى ، كما سوف نرى ، وإذا تم الغطاء فى صورة تحوّل العميل البنك تحصيل اوراق مالية احل البنك محله فيها، فيلزم تسوية هذه الاوضاع ، كذلك اذا كان الغطاء قد تم بتظهير سند شحن بضاعة وارادة لأمر العميل الى البنك أو كان سند الشحن لبضاعة العميل قد صدر باسم البنك وقام البنك باستلام البضاعة فى مخازنه أو المخازن المؤجرة له من العميل باعتبارها مرهونة حيازيا بقيمة الغطاء المتفق عليه .

ففى هذه الحالة يقوم البنك بتسوية موقف البضاعة فور انتهاء أجل الضمان مع الاخذ في الاعتبار عدم الاضرار بسمة العميل أو التأثير على سيولته فيلزم الا بتراخى البنك فى ذلك والا كان مسئولا عن تعويض العميل .

واضح فيما أسلفناه ، أن الغطاء قد يكون برهن مال منقول مملوك للعميل سواء أكان تحف أو معادن نفيسة أو أحجار كريمة أو مشغولات ذهبية أو خلاف ذلك ، ويتم هذا الرهن بحيازة البنك وتسلمه لهذه الاموال طبقا للقانون ووفقا للاجراءات المنصوص عليها فيه بالنسبة للبلد الجارى فيه التعامل .. ويخول البنك عند اللزوم بيعها واستيفاء حقه من قيمتها .

ويمكن رهن المحل التجارى للعميل بكافة مقوماته المادية والمعنوية ، ويتم ذلك طبقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في بلد التعامل ، ويقرر الرهن حدود حق البنك على المحل التجارى ويخول يبيعه اذا لزم الأمر ، وقد يكون حق الاداء العلنى موضوعا للرهن كغطاء لخطاب الضمان ويتم وفقا للاجراءات القانونية فى البلد الجارى فيه التعامل .

وتقبل بعض البنوك رهن عقار مملوك للعميل كغطاء لخطاب الضمان ، فالغطاء يكون اى عنصر من عناصر الذمة المالية للعميل يمكن تحويله الى مال سائل وقابل قانونا لتقرير حقا عليه في حدود قيمة الغطاء المتفق عليه سواء عن طريق الرهن أو تقرير امتياز البنك ويتم ذلك دائما وفقا للقانون في بلد التعامل .

قيمة الغطاء .

وبالنسبة لقيمة الغطاء ، فقد يُصنّف البنك خطاب الضمان علي المكشوف دون غطاء أخذاً في الاعتبار مركز العميل المالي وسمعته التجارية وأرصده وحافطة اوراقه المالية .

وقد يُصنّف البنك خطاب الضمان بغطاء بنسبة صغيرة ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان وفي مصر تقضى تعليمات البنك المركزي الصادرة في ١٧/٢/١٩٥٨ و ٢٤/٦/١٩٥٨ ان تكون نسبة الغطاء لخطابات الضمان الصادرة عن البنوك التجارية لا تقل عن ٣٠٪ وهي ذات نسبة السيولة الملزمة للبنوك بتوفيرها .

ويخرج من هذه النسبة خطابات الضمان المقابله التي تصدرها البنوك في مصر مقابل خطاب ضمان من البنك الاجنبى ، ويلزم ان يكون البنك الاجنبى من الدرجة الاولى وان يكون خطاب الضمان المقابل من البنك الاجنبى محقق صرفة عند اللزوم ، ويتم ذلك بدراسة الشروط والاجراءات القانونية اللازمة توافرها طبقا لقانون بلد البنك الاجنبى لصرفه وأخذها فى الاعتبار.

وبعض خطابات الضمان تكاد تعتمد فيها المخاطرة من البنك مثل خطاب الضمان الابتدائى للدخول في المناقصات والمزايدات لضمان جدية العرض ، طبقا لتعليمات البنك المركزي في مصر ترك للبنوك التجارية ان تقدر هي قيمة الغطاء ونسبته ، وعادة تطلب البنوك في مصر ١٠٪ من قيمة خطاب الضمان، في هذه الحالات ترفعها الي ٣٠٪ عند طلب خطاب ضمان النهائى .

الطبيعة القانونية للغطاء

الغطاء التقدي هو رهن لمبلغ من النقود يرتب امتيازاً على المبلغ المرهون وحققا في حبسه في حساب خاص مجمد مع الابقاء عليه فى ذمة المدين ، ويترتب على ذلك ان يكون لدائن العميل حق توقيع الحجز على قيمة الغطاء تحت يد البنك ، ويكون ذلك كذلك فى رهن حافطة

الاوراق المالية او الحساب الجاري ، وحق البنك هو حق الدائن المرتهن حيازيا اذا دخل في
قسمة غرماء مع حاجزين آخرين .

والغطاء ليس مقابل وفاء لحقوق البنك كما هو الحال في الكمبيالة فالبنك لا يملك الغطاء
وانما يرتئنه .

والغطاء ليس مقابل وفاء لقيمة خطاب الضمان ، لان هذه القيمة دين مباشر في ذمة البنك ،
لا علاقة لها بالامر ، فالبنك ملزم بدفع قيمة خطاب الضمان عند طلب المستفيد له في أجله
وطبقا لشروطه حتي وان لم يكن هناك غطاء .

وهذا بخلاف المسحوب عليه في رفضة قبول الكمبيالة اذا كانت عارية من مقابل الوفاء .
ومن جهة اخرى فإنعدم مقابل الوفاء في الكمبيالة يفقدها طبيعتها وتصبح مجرد سند
بدين علي الساحب .

اما انعدام الغطاء فلا يؤثر بحال علي التزام البنك بخطاب الضمان ولا يغير من طبيعته .
ومن جهة ثالثة فإن مقابل الوفاء في الكمبيالة مملوك للحامل الاخير بشر رجعى عند
إستحقاقها ، وهذا لا يمنع الحامل من التصرف فيها حتى هذا التاريخ اى ان مقابل الوفاء
يبقى متداولاً حتى تاريخ الاستحقاق ، وليس ذلك كذلك بالنسبة للغطاء الذي يُجمد ولا يجرى
اى تعامل عليه ولا يتداول ، ولا يمكن التصرف فيه ، وهو ليس دائماً مثليا ولا يملكه البنك
وانما يرتئنه .

ومن جهة رابعة فالمدين في الغطاء هو مقدمه والمدين في مقابل الوفاء هو المسحوب عليه
وليس الساحب .

ومن جهة خامسة ، رهن البنك وارد على مال العميل في ذمة البنك ، وإذا اذا كان نقدا
يكون محقق الوجود معين المقدار ، نمة البنك مشغولة به شأن جميع الإيداعات النقدية اما

مقابل الوفاء فالحق فيه وارد على مال الساحب في ذمة المسحوب عليه وهو وإن كان معين المقدار إلا أنه قد لا يكون محقق الوجود عند الاستحقاق.

وبالنسبة للغطاء المائل في رهن حافظة الأوراق المالية لأمر فيلزم فيه أن يبنه البنك على العميل بالوفاء قبل أخذ ائنه القاضى ببيعها فى البرصة عن طريق سمسار ، والأوراق التجارية المظهرة فى حدود الغطاء تظهيرا توكيلا يحصلها البنك لذمة العميل مُحَمَّلَة برهنه ليستوفى منها حقه عند اللزوم ، فإذا تم تحصيلها قبل استحقاق الغطاء تكون مبلغا نقديا مرهونا للبنك فى ذمة العميل تحت يد البنك فإذا كان التظهير تملكى فعند تحصيل البنك لها تصبح ديناً فى ذمة العميل مُحَمَّلًا بحق رهنه فى حدود الغطاء ، وذلك كله فى حدود حق البنك إذا كان ما تم تحصيله أكثر .

العلاقة الثانية

علاقة الأمر ... بالمستفيد

العقد الاصلى

اولا : سجل العقد وموضوعه

محل عقد المستفيد والأمر ، هو العملية التجارية الاصلية ، وسبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الاخر ، وتعارض المصالح يلزم معه وجود وسيلة لتحقيق التوازن فالمشتري يريد ان تصله البضاعة مطابقة للمواصفات فى الميعاد التعاقدى سليمة وغير فاسدة ، والبائع يرغب فى حصوله على الثمن بمجرد الشحن وخروج البضاعة من حيازته وكلاهما يريدان ان يتوقى آثار اختلاف قوانين بلد الاخر مثل الرقابة على النقود الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ، هذا بخلاف مشاكل النقل سواء أكان الشحن بحري أو جوى أو أرضى ، وهناك مخاطر مباشرة فى طبيعة العقد ذاته ففى عقود المقاولات دفع دفعة مقدمة للمقاولات يلزم تأمينها

و ضمان ردها عند اللزوم ، وقبل التعاقد في المناقصات يلزم ضمان جدية المتقدم وكذلك في التوريدات والعطاءات ، و ضمان التشغيل او الصيانة للمعدات ، وغير ذلك من الصور التي يخطئها العصر والتي يُستهدف ضمانها .

وكان لزاما ان تتوافر وسيلة فعالة لضمان هذه المخاطر على ان تكون فعالة وقليلة التكلفة مُؤكد الوفاء بها عند تحقق الضرر او التخلف عن القيام بالالتزام ، غير مرهونه بارادة الملتزم بطريق مباشر او غير مباشر ، وال ضمان الشخصي من طرف ثالث لا يوفر شيئا من ذلك فقد يماطل الضامن ، وليس فيه الفورية في الوفاء وعِبء على المدين فالضامن في التجارة لا يكون متبرعا .

والضمان النقدي عبء باهظ التكلفة على المدين يحبس ماله عن ثورته الاقتصادية وهو ان كان يَصْلُح في العمليات الصغيرة الا انه في العمليات المتوسطة والكبيرة يكون مستحيلا لتقديم ضمان نقدي بعشرات الالوف او ملايين الجنيهات ولذلك كان الحل الأمثل هو ما ابتدعته الاعراف في التجارة الدولية وعمليات البنوك وكانت الوسيلة لحل هذه المشاكل هو خطاب الضمان البنكي .

وذلك لأنه يوفر ضمانا فعّالا لجميع المتطلبات بتكلفة قليلة جدا نسبيا ، مؤكدا الوفاء ، غير مرتبط بالملتزم ، ولا يقلل عن الضمان النقدي ، ويحقق مصالح جميع الاطراف (المدين والدائن والبنك) هذا علاوة انه يساعد على سيولة التجارة الدولية حتي قيل أنه شريان الدم فيها ، ويجري الاتفاق عليه بين الأمر والمستفيد نصا وشروطا سواء في عقدهما أو في ورقة منفصلة.

ويلزم عند الاتفاق عليه ان تحدد صياغته وشروطه ان وجدت ، بعد الإحاطة بقوانين البلاد التي تطوله في حياته او عند تنفيذه ، خاصة الضمانات المقابلة ويلزم ان تكون الصياغة واضحة حتى لا تختلط بطبيعته مع أي نوع من الضمانات الاخرى ، وهل هو خطاب ضمان مشروط او غير مشروط ، فاذا كان معلق بالصرف على تحقيق شرط او واقعة او تقديم سند او

ورقة ، فيلزم ان يكون نصه كاف بذاته معرفاً المستندات اللازمة لصرفة تعريفا جامعاً مانعاً ، وينص على شكل السند ومصدره ونصه ، ويجب ان يشرف على صياغة خطاب الضمان البنكي قانوني متمرس له درايه بالمشاكل الدالية سواء الناجمة عن غموض النص او عباراته أو الفاظه أو وصف الأوراق اللازمة لصرفه والتحفظ للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي ، وإحكام خطاب الضمان في قوانين البلد الذي « يتم الصرف فيه » ، فانه وبالرغم من وحده الفهم لمفهوم خطاب الضمان البنكي في التجارة الدالية واستقرار عرفة البنكي ، وتطبيقاته وأحكامه داليا ، الا ان هناك بعض البلاد تختلف فيها التشريعات ، في الأعمال والتطبيق ، وبعض أحكامه. ويرجع ذلك للتكيف القانوني للنظام ، ورده في بعض البلاد الى قواعد كلية ، يربطه احيانا بأحكامها باعتباره متفرع عنها ، كما يرجع احيانا الى التشريعات والقوانين في هذه البلاد والتي لا تأخذ بانفصال واستقلال العلاقات المحيطة بخطاب الضمان البنكي أو تقرر احكاما خاصة لتاريخ انتهائه ولا تسقطه لانتهاء أجله أو بضرورة تسليم سنده ليعد منتها .

ويلاحظ أنه حتى هذه البلاد يبق جوهر نظام خطاب الضمان البنكي ، خاصة غير المشروط، مسائرا وإن لم يكن متفقا مع المستقر في العرف الدولي والبنكي .

ويلزم الحذر جدا في اصدار الخطاب الضمان البنكي النظيف خاصة ، وعدم التعجل فيه لاتمام الصفقة ، باعتباره نوعا من الشكليات وأنه لن يستعمل ويؤدي ذلك الى عواقب وخيمة يضع فيها الأمر التبعة على البنك ، بتصوره ان البنك كان يجب ان يتمتع من الصرف المستفيد ، وهو يعلم أن البنك ملتزم مباشرة في مواجهة المستفيد ولا يمكنه العدول عن التزامه او وقف الصرف الا في حالات نادرة ، يلزم ان يكون فيها غش المستفيد وتزويره واضحا ومفضوحا ، فالبنك لا يراقب في الخطاب الا الشكل دون الموضوع في استحقاق المستفيد للصرف من عدمه .

لذلك يجدر بالأمر الا يطلب من بنكه اصدار خطاب الضمان الا بعد اتمام تعاقدته وفتح الاعتمادات من المستفيد او علي الاقل التلازم الزمني بين هذا وذاك.

ويجدر به ان يلاحظ ايضا ان خطاب الضمان البنكي خاصة النظيف سلاح قوى فى يد المستفيد قد يمثل ١٠٪ من قيمة التعاقد الاصلى وهذا قد يصادر ربحه او حتى جزء من رأس ماله وائ مناقشة بينه وبين المستفيد بعد اصدار خطاب الضمان فى تفسيره او تجديده تعطى فرصة للمستفيد ان يملئ شروطه حتى بالنسبة لمسيرة تنفيذ العقد الاصلى، ويجدر بالأمر ايضا دراسة القانون الواجب التطبيق علي العلاقة الاصلية ، وعلى خطاب الضمان المتفق علي اصداره ، ودراسة الإختصاص القضائى ، فان البلاد تختلف فى قوانينها ، ويختلف ايضا قضاؤها فى اعمال مقتضى هذه القوانين والمبادئ المقرره فى ساحتها لتحكم خطاب الضمان .

وبعض البلاد لا تتوفر فيها العدالة غير المتميزة او غير المدركة لنظام خطاب الضمان او ان مؤسساتها القضائية او ذات الاختصاص القضائى واجراءاتها معقدة وطويلة وتضيع ميزة خطاب الضمان والوظيفة ، المناطة به فى التجارة الدولية فالسعودية تشترط فى معاملاتها الحكومية ان يكون خطاب الضمان البنكى الذى يقدم لها غير مشروط وهذا يسهل عملية اغتياله واتخاذة وسيلة للضغط ، والالتجاء الى التقاضى فيها محفوفا بالمخاطر ، لذلك يحسن النص على القانون الواجب التطبيق وجهة الاختصاص القضائى ، وربما يكون التحكم هو الحل الامثل ويتم الاتفاق عليه قبل اصدار خطاب الضمان او فى العقد الاصلى علي ان تكون مشاركة التحكم مدروسة بعناية فى المبادئ والقوانين التي تحكمها وتحكم علاقة الطرفين بالنسبة لخطاب الضمان وزمان التحكم ومكانه واسماء المحكمين ، وقد يشار إلي اعمال القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية .. مع اهالة النزاع اليها او لهيئة اقليمية اخرى ويجدر ملاحظة عدم تعارض اى اتفاق لقانون البلد الواجب التطبيق اصلا عند نزاع هذه الولاية منه ومن نظامه القضائى ، كأن يكون مكان العقد يحكم شكله . وولد المدعى عليه هى صاحبه الولاية القضائية وانه لا يجوز الاتفاق على غير ذلك فى هذا البلد وهنا قد يلزم نقل مكان ابرام

العقد الى بلد آخر يسهل للطرفين ابرام ما يراونه مناسباً لهما .
ومن المهم ان يضع الطرفان في اعتبارهما الظروف السياسية والاقتصادية وقت التعاقد
لعلاقة البلدين الجارى التعامل بينهما والتحوط لذلك .

ثانياً : بعض انواع خطاب الضمان

يصعب حصر أنواع خطابات الضمان البنكى فى المعاملات الدولية التى تقسم بحسب
اغراضها او بحسب اوصافها وتتنوع المعاملات ذاتها ونخص بالذكر بعض الانواع الاهم
منها :

(١) خطاب الضمان الملاهى

يستهدف خطاب الضمان الملاهى خدمة سيولة التجارة الدولية واهم صوره تأخير وصول
المستندات المثبته للملكية البضاعة الى ميناء الوصول واهمها سند الشحن ، عند وصول
البضاعة أو قبلها ، ولا يستطيع المشتري استلام البضاعة من سلطات الميناء الا بهذه
المستندات ، وانتظار وصولها تترتب عليه زيادة المصاريف خاصة التخزين وحجب البضاعة
عن السوق فى موسم تسويقها او فى ظروف تقضى انزالها للسوق قبل اغراقه من المنافسين .
لذلك كان خطاب الضمان الملاهى الذى يقدمه البائع أو المشتري أو مؤجر السفينة او
الناقل او الوكيل الملاهى للناقل نيابة عنه للانفراج عن البضاعة قبل وصول مستندات ملكيتها ،
هو الحل الامثل لتلافى كل هذه المخاطر .

وفيه يضمن البنك سلطات الميناء دفع قيمة البضاعة المسلمة قبل وصول مستندات مالكا
البضاعة الحقيقى ، إذا تبين انه غير المستلم لها اذ لم يوافيه البنك او عليه الامر بالمستندات

المطلوبة في أليعاد .. وغالبا ما يغطي خطاب الضمان الملاحي قيمة البضاعة والمصاريف والرسوم الجمركية المحتملة .

وتحدد قيمة البضاعة إما بمقدار الاعتماد المستندي الذي فتح اصلا لسداد ثمن مشتراها ، ويكون البنك مقدم خطاب الضمان الملاحي هو البنك المفتوح لديه اعتماد مشتراها ، او انها تحدد طبقا للفاتورة الاصلية بقيمتها او بالقيمة الواردة في سند الشحن وعند وصول المستندات يقدمها البنك أو الأمر لسلطات الميناء للافراج عن البضاعة والتخليص عليها ويسترد خطاب الضمان الملاحي .

ومن الخطورة أن يصدر خطاب الضمان الملاحي في بعض الاحوال ، لذلك يلزم ان يراعى البنك اخذ بعض التحوطات :

(١) على البنك ان يرفض اصدار خطاب الضمان اذ لم يكن الاعتماد الاصيل لمشتراها مفتوحا لديه.

(٢) يجب ان تكون قيمة خطاب الضمان الملاحي محددا فيه تحديدا قاطعا او على الاقل بإشارة واضحة الى المستند الذي يمكن تحديد قيمة خطاب الضمان على اساسه مثل الاعتماد المستندي ورقمه وتاريخه او الفاتورة او سند الشحن على ان يُعرَفُ المستند الذي يُرجَعُ اليه في تحديد قيمة خطاب الضمان تعريفا جامعا مانعا ..

(٣) لا يصدر ابدا خطاب الضمان الملاحي على بياض بل يلزم ان يذكر فيه :

أ - اسم المركب الواردة عليها البضاعة .

ب - نوع البضاعة

ج - قيمة البضاعة وعلى اساسها تحدد قيمة خطاب الضمان زائدا المصاريف والرسوم اذا كانت المصاريف والرسوم الجمركية مغطاه بخطاب الضمان .

د - مدة سريانه.

(٤) يجب الا يصدر خطاب الضمان الملاحي عن بضاعة فى الطريق لم تصل المركب الشاحنة لها الى الميناء وعليها البضاعة وذلك لأن البضاعة يمكن بيعها فى الطريق وسند الشحن قابل للتداول ويلزم أيضا ان ينتظر البنك المدة المعقولة لوصول مستندات الملكية قبل اصدار خطاب ضمان ملاحي بتسليمها لعميله او سواء .

(٥) يجب أن يغطى البنك نفسه بتأمينات مدروسة كأن يرتهن البضاعة ويتسلمها فى مخازنه ولا يسلمها الا بعد وصول مستندات ملكيتها او ان يسلمها للمشتريين المحليين مقابل دفع الثمن فى حساب خاص ليتم التصرف فيه بعد وصول المستندات .
وهذه المسائل تنظمها لوائح البنوك التجارية وتعليمات البنك المركزى .

وينظم خطاب الضمان الملاحي عقد العمل الامر مع البنك وهو عقد خدمة مصرفية ولكن خطاب الضمان الملاحي شأن اى خطاب ضمان بنكى هو التزام مباشر من البنك للمستفيد (سلطات الميناء) بمبلغ معين او قابل للتعين ولاجل محدد او قابل للتحديد طبقا لنصه الذى يلزم أن يكون واضحاً فى هاتين المسألتين (القيمة + الاجل) وهذا الالتزام منفصل ومستقل عن التزام الامر بالبنك او التزامه بالمستفيد .

ولكن هناك ميزة خاصة لخطاب الضمان الملاحي وهو أنه دائماً يكون مشروطاً ، فالبنك يضمن للمستفيد (سلطات الميناء) ان يدفع لها مبلغاً معيناً ، اذا لم تصل مستندات ملكية البضاعة حتى تاريخ معين يلزم أن يكون سابقاً على تاريخ انتهاء اجل الضمان ، ويكون قابلاً للتجديد شأنه شأن أى ضمان مشروط .

وخطاب الضمان الملاحي قد يُصنّفُ البنك بناء على طلب وامر :

١ - الشاحن إذا كان هو صاحب البضاعة ومالكها طبقاً لطبيعة البيع وربط المركب وشحنها ويرغب فى استلامها فى ميناء الوصول وليس بيده المستندات اللازمة وفى هذه الحالة يكون هو المستفيد الاخير من خطاب الضمان الملاحي باعتباره مالك البضاعة ، ويقدمه

لإدارة الميناء للإفراج عن البضاعة وحينما تصل المستندات يسلمها هو أو البنك أو هما معا الى ادارة الميناء ويسترد خطاب الضمان الملاحى.

ب - قد يكون الشاحن هو المصدر للبضاعة لصالح المشتري فى ميناء الوصول ، ولكنه ملتزم بالتسليم للمشتري فى هذا الميناء خارج المنطقة الجمركية مثلا ، او فى مخازن المشتري وتأخر وصول المستندات اللازمة للاستلام أو تأخر وصول الاصل الثانى من سند الشحن يعوق قيام الشاحن بالتزامه لذلك فيطلب خطاب الضمان الملاحى ليقرج عن بضاعته ويتسلمها الى ان تصل المستندات كاملة .

وصاحب الحق فى البضاعة عند وصولها الى ميناء الوصول ليس هو بالضرورة مُصنِّعُهَا الشاحن او مشتريها المستورد بل هو آخر يحمل سند الشحن مظهرها اليه تظهيرا سليما .
تمليكا .

ج - وقد يصدر خطاب الضمان الملاحى بناء طلب الناقل او وكالة الملاحى فى ميناء الوصول وذلك اذا كان ملتزما بتسليم البضاعة فى ميعاد معين الى صاحب الحق فيها الوارد اسمه فى احدى الصور الاصلية لسند الشحن التى يحملها القبطان او كانت المركب تهدف الى سرعة تفريغ البضاعة حتى لا تتحمل بغرامات تأخير التفريغ او مصاريف التخزين فى الميناء او لاي سبب آخر ، وذلك يحصل بناء عن طلبه على خطاب ضمان ملاحى ، للإفراج عن البضاعة يُلْتَزَمُ البنك فيه بدفع قيمتها والمصاريف اذا ثبت بعد وصول المستندات انها سلمت لغير مالِكها ، وينظم عقد طلب اصدار الضمان وهو عقد خدمة مصرفية ، علاقة البنك بالامر وهو الناقل أو الوكيل الملاحى فى هذه الصورة .

د - وقد يُطَلَّبُ اصدار خطاب الضمان الملاحى للإفراج عن البضاعة للبائع المصدر او المشتري المستورد إذا قام لدى أحدهما ميرا لذلك .

وتقوم شركات التأمين بدور هام فى تأمين وصول البضاعة الى ميناء الوصول وضمان تسليمها لصاحب الحق فيها .

وخطاب الضمان الملاحي خطير الآثار وفي تطبيقاته انحرافات كثيرة ويستغل في عمليات النصب اللوية ، وتوريط البنك المُصدِرُ له ، اذا لم يتخذ منتهى الحيط في اصداره ، كما اسلفنا ، يجب على البنك الا يُصدِرُهُ إلا اذا كان الإعتماد المستندى للبضاعة مفتوحا لديه والمستندات سوف ترد اليه ، وعليه الا يصدره حتى تصل البضاعة على المركب لبناء الوصول ولا يصدره عن بضاعة قال عنها عميله بانها في الطريق فالبضاعة ذاتها هي غطاء لخطاب الضمان الملاحي ، ويلزم ان يتمهل البنك في اصدار مثل هذا الضمان لمدة معقولة لوصول المستندات ، وليس مقبولا من البنك ترك قيمة خطاب الضمان الملاحي على بياض ، ويجب ان يسلم مندوب البنك خطاب الضمان الملاحي الى ادارة الميناء بنفسه ولا يترك ذلك للآخر ، ويجب ان يكون هناك أجل لسقوط خطاب الضمان الملاحي منصوص عليه في صلبه ، فلا يكفي ولا يصح ان يقال فيه " الى ان ترد المستندات " كل هذا وخلاف ذلك يلزم مراعاته بدقة .

ومن القضايا التي أُستغل فيها خطاب الضمان الملاحي :

١ - سنة ١٩٨٢ فتح بنك فرنسي اعتمادا مستنديا على المكشوف يغطي ثمن شحنة بترول من ايران لمستورد في اسبانيا واطمان البنك الى تظهير بوايصة الشحن اليه غطاء للضمان وتسليمه مجموعة مستندات ملكية البضاعة وفي نية البنك الا يعيد تظهيرها الى المشتري الا بعد سداد قيمة الاعتماد وثمن الشحنة .

الا أن المشتري الاسباني تسلم الشحنة بمقتضى خطاب الضمان الملاحي من بنك في ميناء الوصول ولم يعد في حاجة الى مجموعة مستندات ملكية البضاعة لاستلامها بعد ان توطأ مع الناقل الذي يحمل صورة اصلية من سند الشحن ، ثم اعلن توقفه عن الدفع وطلب جدولة ديونه بما فيها دين البنك الفرنسي وكان من حسن حظ البنك الفرنسي انه حجز على المركب في ميناء السويس في مصر بأمر قضائي ضد الناقل والمشتري من القضاء المصري ، ورفضت السلطات المصرية السماح للمركب بالابحار ، وتم تسوية القضية وبلغ حقوق البنك

الفرنسي مقابل تنازله عن حجز المركب ولكن ليس كل مرة تسلم الجرة.

٢ - القضية ٤٧٨ لسنة ٧٧ ابتدائي واستئنافها ٦٥ لسنة ٩٧ ق ونقضها ١٦٤٩ لسنة ٥٣ ق (في القضاء المصري) .

وفيها ارتكب البنك جميع الاخطاء الممكن تصورها فقد سلم عملية خطاب ضمان ملاحى عن بضاعة واردة برسم الترانزيت قيمتها مليون دولار بمقولة انه اشترى هذه البضاعة بناء عن مستندات هي عقد قدمه البنك لا يجعل منه أكثر من موزع وليس مالكا للبضاعة ، وبالرغم من ان البنك لم يفتح اعتماد هذه البضاعة أصلا لديه ولا يعرف عنها شيئا اصدر خطاب ضمان ملاحى على بياض في جميع بياناته باسم وهمي وليس باسم عميله الامر لم يذكر فيه قيمة الضمان ولا اجل انتهائه وسلم لعميله خطاب الضمان الملاحى قبل وصول البضاعة الى اللوانى المصرية ، وتربص العميل لوصول المركب وما ان وصلت حتى اخرج البضاعة واختفت تماما وتداولتها في مدة قصيرة جدا مشترون كثيرون جدا واختفت البضاعة تماما ، وكان من الواضح ان البنك إما متواطئ او انه ارتكب اخطاء في اصداره الضمان اكثر من-التواطئ .

وهناك قضايا أخرى متعلقة بخطاب الضمان الملاحى واتخاذها وسيلة لعمليات النصب في التجارة الدولية وهناك مشروع قانون جارى بحثه في مصر لإلغاء نظام خطاب الضمان الملاحى والإستعاضة عنه بضمان الشركة أو الفرد طالب الإفراج المؤقت عن البضاعة وذلك بضمان تأمينها على ٨٠٪ من حجم معاملاتهم ويلزم أن يكون ضمانها في حدود التأمين ولم نطلع على مشروع القانون.

التسجيل والتداول الالكترونى

لسند الشحن

تقوم مؤسسة S.Roksy المنبثقة عن بنك منهاتن بتسجيل سند الشحن تسجيلا الكترونيا، ويمقتضى هذا النظام يتفق الاطراف كتابة على اعطاء الشركة حق تظهير سند الشحن ، وحق

تسليم البضاعة للمالك الاخير . ويتم ذلك من خلال الكمبيوتر او التلكس .

والشركة في هذا النظام هي وكالة عن البائع مالك البضاعة ومصدرها وحامل سند الشحن الذي تقوم الشركة باستلامه وتظهره لنفسها وتفرج عن البضاعة بوصفها وكالة ايضا عن المشتري اى انها تجمع بين وكالتى البائع والمشتري علاوة على حق التظهير والتسليم ويتم ذلك بسرعة من خلال الكمبيوتر او التلكس او الفاكس وذلك تختفى مشكلة تأخر وصول المستندات بعد وصول البضاعة ، فالشركة دائما جاهزة لاستلام بالبضاعى فى ميناء الوصول وربما يكون فى هذا النظام نهاية لخطاب الضمان الملاحى سى السمهه .

(٢) خطاب ضمان مستحقات الجمارك

وقد لا يغطى خطاب الضمان الملاحى الصانر بمناسبة تلخر وصول المستندات ، الرسوم الجمركية ومستحقات الجمارك وغالبا ما يصدر خطاب ضمان بنكى مستقل لمصلحة الجمارك مغطيا للرسوم الجمركية المتوقعة عند الافراج المؤقت منها عن البضاعة دون احتساب الرسوم المستحقة ، وعدم استيفائها كليا او جزئيا لتعذر ذلك لعدم وصول مستندات الشحن وملكية البضاعة .

وخطاب ضمان الرسوم الجمركية هو خطاب ضمان بنكى بمبلغ معين من النقود لأجل محدد، قد يكون تخليفا او مشروطا يقدمه البنك بناء عن طلب عميله صاحب المصلحة فى الافراج عن هذه البضاعة دون سداد الرسوم الجمركية مؤقتا الى ان يتم تقديرها على اساس من المستندات بعد وصولها .

ويصدر مثل هذا الضمان البنكى البضاعة الواردة برسم اعادة التصدير او لاي سبب آخر، والبنك فى هذا الضمان يلتزم فى مواجهة المستفيد (الجمارك) بدفع مبلغ معين محدد فى خطاب الضمان لأجل معين مذكور فيه ، ولا يقحم البنك نفسه على علاقة الامر بالجمارك فهو لا يضمن الوفاء بالرسوم الجمركية وإنما يلتزم بدفع مبلغ معين من المال مباشرة للجمارك

المستفيدة في علاقة منفصلة ومستقلة عن علاقة الجمارك بالعميل الأمر .

وتصدر خطابات ضمان بنكية أخرى لحقوق مختلفة للجمارك وليس فقط بخصوص الإفراج المؤقت عن البضاعة قبل سداد الرسوم كلياً وجزئياً لأي سبب من الأسباب ، وذلك مثل خطاب ضمان سداد الرسوم للبضاعة الترانزيت إذا أدخلت البلاد لسبب أو لآخر ولم يعاد تصديرها وكذلك خطاب ضمان سداد المستحقات الجمركية عن الانبوات المعدات والآلات التي ترد لاستعمالها في مشروع مع الإلتزام بإعادة شحنها .

(٣) خطاب الضمان الإبتدائي والنهائي في المناقصات والتوريدات

وهذا إما أن يكون خطاب ضمان ابتدائي ، يضمن جدية المتقدم للمناقصة أو التوريد واستعداده للتعاقد النهائي إذا رضى عليه العطاء أو يكون خطاب ضمان نهائي بعد التعاقد ليضمن قيام الملتزم بالتزامه في الميعاد .

وغالباً ما يكون هذا النوع من الضمان غير مشروط وأعمالاً لنص المادة ٤٩ من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر والتي تحكم القطاع العام والحكومة يلزم أن يكون خطاب الضمان نظيف غير مشروط مستحق عند الإطلاع ريلزم أن يمتد أجله ثلاثون يوماً بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، كما يلزم أن يقرر البنك أن مبلغ الضمان الوارد في خطاب الضمان ، لم يتجاوز البنك فيه النسبة المقررة له عند إصدار خطابات الضمان من البنك المركزي.

كما يجب أن يقدم خطاب الضمان النهائي في خلال عشرة أيام من تاريخ إخطار المتناقص أو المورد بقبول عطاءه ودعوته لتوقيع العقد النهائي ، وتكون قيمة خطاب الضمان ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال و١٠٪ في التوريدات وغير ذلك وتنص المادة ٥٢ من ذات اللائحة على سريان خطاب الضمان لمدة الثلاثة أشهر التالية على تنفيذ المقاولاة والتسليم أو تمام التوريد .

(٤) خطاب ضمان الدفعة المقدمة

وهو يقدم من المقاول أو المتعهد بالتوريد أو سواهم لضمان ما يكون قد صرف لهم مقدما خصما من مستحقاتهم لمساعدتهم على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية ، وهذا الضمان قد يكون مشروطا أو غير مشروط ، يربط أجل انتهائه بأجل التعاقد الاصلى ومسيرة التنفيذ فيه ، ويجرى تجديده اذا سمح نصه بذلك أو فوض البنك في عقده مع الأمر بالتجديد الى ان يتم خصم الدفعة المقدمة من مستحقات المقاول أو المورد. - التى تحل، أو سدادها لها. وقد يجرى تجديده بمبلغ اقل وبنسبة متفق عليها طبقا لمسيرة التنفيذ وسداد المقاول لهذه النسبة خصما من المستحقات التى صرفها ، وأحيانا يخفض سقف خطاب الضمان بنسبة ثابتة يكون رب العمل قد إستوفىها من المستخلصات التى يصرفها للمقاول الى ان يتم انتهاء الدفعة المقدمة وينتهى خطاب الضمان .

وفي حالات التوريد يخفض خطاب الضمان طبقا لقيمة سندات الشحن وشهادات التخزين أو التشوين ، أو بناء على شهادة من شركة مراجعة أو شخص ثالث . ويستمر تخفيض سقف خطاب الضمان الى ان يتم استيفاء الدفعة المقدمة من مستحقات المقاول أو المورد وينتهى بذلك خطاب الضمان .

وإذا صدر خطاب الضمان من بنك أجنبى يكون معززا من بنك محلى ، يؤخذ فى الاعتبار سعر الصرف لتحديد قيمة خطاب الضمان - والمورد الاجنبى يلزم ان يقدم ضمانا للدفعة المقدمة التى صرفها خطاب ضمان بنكي بقيمة مقدارها ١٠٠ ٪ أو ٧٥ ٪ على الاقل . أما المورد أو المقاول المحلى فيمكن ان يكون خطاب ضمانه حتى ٣٥ ٪ من قيمة الدفعة المقدمة على الاقل .

وهذه النسب تسري في مصر على معاملات القطاع الخاص دوليا ومحليا ، وتسري لحساب الحكومة فوائد على الدفعة المقدمة منها من تاريخ الدفع الى تمام الاسترداد أو الخصم بالكامل من قيمة العملية.

وعند صرف خطاب الضمان الصائر من بنك اجنبي ويتم الصرف في هذا البلد الاجنبي يلزم الانتباه ان بعض البلاد تفرض ضريبة تخصم من قيمة مبلغ خطاب الضمان عند الصرف (ايطاليا مثلا) . وهذا في الواقع مخالف لطبيعة خطاب الضمان .

وعادة يتنازل العميل لصالح البنك عن المستخلصات الخاصة بالعملية مقدما كغطاء لاصدار خطاب ضمان الدفعة المقدمة ويتم تخفيضه عند تجديده كل مرة بقدر النسبة التي يخصمها صاحب المشروع من المستخلص ، وقد يتنازل العميل عن جميع حقوقه للبنك مقابل مستحقات الاخير بوضيف البنك ما قد يحصله زيادة عن مستحقاته لحساب العميل .

وفي مصر كان يلزم موافقة رقابة النقد لبيع دفعه مقدمة في العمليات الولاية بالعملة الصعبة تتراوح بين ٥٪ و ٢٠٪ من قيمة التعاقد لاعداد وتجهيز المعدات ومواجهة المصاريف الادارية والاجور والنقل والاسكان والمواد الخام والرسم الجمركى (تراجع التعديلات خاصة القانون ٢٨ لسنة ٩٤ ولانته التنفيذيه ٣٣١ لسنة ٩٤ وقرار وزير الإقتصاد ٣٣٢ لسنة ٩٤).

ويصدر ضمان الدفعة المقدمة لصالح المشروع ليضمن البنك عميله فى حدود المبلغ الوارد فى خطاب الضمان ويحدد اجله بان الدفعة سوف تصرف على المشروع وانه ملتزم بتعويض صاحب المشروع كليا او جزئيا فى حدود قيمة خطاب الضمان اذا لم يتم ذلك او اذا لم يتم خصم هذه الدفعة المقدمه من مستحقات الما قول او المورد ، ويصدر خطاب الضمان بقيمة الدفعة كاملة أو نسبة منها ،

(٥) خطابات ضمانات التنفيذ

يستعمل خطاب الضمان البنكى فى ضمان تنفيذ الالتزامات المتبادلة فى العقد الاصلى فى مواعيدها وطبقا للمواصفات المقررة والتعويض فى حالة التنفيذ الكلي او الجزئى واتكيد امكانيات الامر المتعاقد ، وقد يكون مشروطا او غير مشروط ، ويحسن فى حالة صوره غير مشروط التحوط لعدم صرف المستفيد له غشا وتديسا وذلك بمراعات :-

عدم إصداره قبل التوقيع على العقد الأصلي أو فتح الاعتماد المستندي أو النص فيه على عدم سريانه إلا من تاريخ التوقيع على العقد الأصلي أو فتح الاعتماد المستندي ، ذلك أن خطاب الضمان النظيف قابل للصرف بمجرد الإطلاع وتسليمه للمستفيد قبل التوقيع على العقد الأصلي يجعله وسيلة في يده لفرض شروطه والتهديد بصرفه وكثيرا ما يصرف غشا ويلزم ربطه بتنفيذ التعاقد فعلا وفتح المستفيد للاعتمادات المستندية المطلوبة فيه .

وهذا النوع يصدر أيضا عن شركات التمويل والضمان المتخصصة ويصدر في عقود البيوع الدولية والتوريدات والمقاولات والتركيبات ، ويحسن أن ينظم العقد الأصلي دراسة خطاب ضمان التنفيذ المطلوب والنص على شروطه وأجله وصياغته وبيدائه سريانه والمستندات اللازمة لصرفه ، فالعقد الأصلي هو سند رجوع أحد الطرفين على الآخر عند الالتجاء للتقاضى إذا أساء المستفيد استعمال خطاب الضمان الذى صدر له .

وتحتاط البنوك في إصدار مثل هذا الضمان وتأخذ في اعتبارها المركز المالى للعميل وسمعته وأرصده لديها وتحدد نسبة الغطاء التى تطلبه على ضوء هذه الاعتبارات وسواها .

وتختلف في هذه الدراسة ، مؤسسات التمويل والضمان وشركات التأمين فهى تدرس ظروف المؤمن ووكيله والمستفيد وتضعها جميعا فى الاعتبار .

و ضمان التنفيذ ، غالبا يكون غير مشروط مستحق عند الإطلاع ، وقد يكون مشروطا بصرفه بتقديم مستند من جهة معينة (شركة مراجعة أو بيت هندسى مثلا) أو تقديم حكم محكمة أو حكم محكمين مؤكدا تخلف الأمر عن تنفيذ التزامه المضمون واستحقاق المستفيد لقيمة خطاب الضمان كليا أو جزئيا .

ويحسن النص فى خطاب الضمان على اعتباره كأن لم يكن إذا عدل المستفيد عن عطائه أو ألغى عقده أو لم يفتح الاعتماد اللازم لإصدار مستحقات الأمر ، أى كما أسلفنا ربطه بقيام العلاقة التجارية دون إقحامه عليها - ولتحديد شروط الصرف فقط فى ورقته .

وتكون قيمة ضمان التنفيذ مبلغا يتراوح عادة بين ٥٪ الى ١٠٪ من قيمة العقد الاصلى، وينتهى بانتهاء أجله ويمكن تجديده عند اللزوم ويجب ان يكون واضحا نوع التنفيذ المستهدف من هذا الضمان وأسلوب اثباته إيجابا أو سلبا والمستندات والشهادات اللازمة للبنك على الا تكون مرهونه بارادة الأمر او البنك ، والا فقد خطاب الضمان هويته ، كضمان تركيب المصانع ونتاجها للسلة طبقا المواصفات المتفق عليها وكالاتفاق على تصنيع وتركيب مخبز آلى لانتاج رغيف متكامل الاستدارة بعجين مخمر «أمثله من قضايا».

ويغطى ضمان التنفيذ الالتزام وتدريب كوادر لتشغيل المصانع فى مواعيد معينة .

(٦) خطاب ضمان الصلاحية والعيوب الخفية

الالتزام بالصيانة فى عقود بيع المصانع والآلات وكذلك فى عقود التشغيل ، وضمان الصلاحية والخلو من العيوب الخفية ، يلزم فى مثل هذه العقود ان يغطى الالتزام فيها ، فى فترة الضمان، خطاب ضمان بنكي يضمن قيام الما قول او الملتزم بمصاريف الاصلاح او التعديل او الصيانة وقد يكون مَصْدَرُ هذا الالتزام القانون ايضا .

والمستفيد فى مثل هذه الضمانات صاحب المشروع الذى يتسلم خطاب الضمان بقيمة محددة تدفع فى بحر مدة معينة ويكون خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط بحسب قيمته عادة على أساس نسبة معينة من قيمة المشروع لتغطية اى مصاريف قد يضطر صاحب المشروع الى صرفها اذا تخلف الملتزم عن القيام بالتزامه التعاقدى او القانونى فى فترة الضمان او تشغيل الآلات والمصانع وصيانتها وكذلك لضمان العيوب الخفية .

(٧) خطاب ضمان المبالغ المحتجزة

تتضمن عقود الما قولات احيانا نصا يسمح لصاحب المشروع ان يحجز من مستحقات الما قول فى الدفعات التى يصرفها نسبة تتراوح بين ٥٪ و ١٠٪ تأمينا نقديا تحت يده لضمان

تنفيذ المقاول لالتزامه في صلاحية وسلامة اعماله وخلوها من عيوب الصناعة والتركيبات التي تظهر عند التشغيل وتكون هذه الضمانات لمدة معينة بعد تسليم المشروع او المدة القانونية اذا كان مصدر الالتزام والقانون .

واضمان المقاول لاسترداد ما يكون قد خصم من مستحقاته يقدم له صاحب المشروع خطاب ضمان بنكي يغطي المبالغ التي احتجزت من مستحقاته ، ويتجدد مثل هذا الخطاب دوريا بقيمة أكبر كلما تقدم المشروع وزادت الخصومات من الدفعات المستحقة للمقاول ، وذلك عكس خطاب ضمان الدفعة المقدمة ، الذي يتناقص بقدر الخصم من حقوق المقاول كلما تقدم المشروع وعكسة أيضاً في ان هذا الاخير مقدم من المقاول وليس من صاحب المشروع .

(٨) خطاب ضمان التسويق

وتضرب لذلك مثلاً نزاعاً قام سنة ١٩٨٠ بين شركة فنلندية لتصنيع وتجميع المعدات وصيانتها وبين المركز التجارى المصرى الذى تعاقد مع الشركة المذكورة لتصنيع معداتها فى مصر ، وتضمن العقد ، مرحله انتقالية التزم الجانب الفنلندى فيها ، ان يُقَصِّرَ توزيع منتجاته وتسويقها فى مصر على الشركة المصرية الي ان يتم انشاء المصنع وبداية الانتاج وطلب الجانب المصرى خطاب ضمان بنكى لوفاء الشركة الفنلندية بالتزامها بِقَصْرِ تسويق منتجاتها فى مصر على المركز التجارى المصرى حتى انشاء وانتاج المصنع فى مصر ، كما غطى خطاب الضمان التزامات الجانب الفنلندى فى عمليه انشاء المصنع .

فور توقيع التعاقد وصنور خطاب الضمان قام خلاف حول من يكون له الحق فى ادارته المشروع ولم يكن هذا الموضوع قد نظم فى العقد ، ونتيجة لهذا الخلاف لم تصدر الشركة الفنلندية اى منتجات لتُسَوِّقها الشركة المصرية وصرفت الشركة المصرية خطاب الضمان .

التجا الطرفان الى التحكم امام غرفة التجارة الدولية فى باريس واخذ التحكم رقم ٤٢٦٩ لسنة ١٩٨٠ رفعته الشركة الفنلندية مطالبة باسترداد قيمة خطاب الضمان ، ويتارىخ

٨٠/٨٦ صدر حكم التحكيم برفض طلب الشركة الفنلندية تأسيساً على انتهاء الفت من جانبها عقد التسويق والتوزيع عن الفترة الانتقالية خاصة والشركة المصرية لم تصرف خطاب الضمان الا قبيل انتهائه ، وهي ان لم تفعل لتركت نفسها عارية من فرصة تغطية اى تعويض قد يستحق لها من جراء الغاء عقد التسويق .

وهذا النزاع يوضح أسلوب استعمال خطاب الضمان البنكي فى عقود التسويق والتوزيع .
انواع خطاب الضمان التى اشرنا اليها هى مجرد أمثلة لما قد ينص عليه فى العقود الأصلية وانواع خطابات الضمان لا تقع تحت حصر . ولا يمكن استبعاد الحاجة الى خطاب الضمان البنكى فى أى نشاط تجارى خاصة فى النشاط النولى سواء كنا بصدد استيراد أو تصدير أو بيع مصانع أو عقود مقاولات أو عقود نقل بحري أو جوى أو ارضى أو عقود تأجير أو شراء أو بيع أو عقود ضمانات التشغيل أو خلاف ذلك .

وتقسيمات مسميات خطاب الضمان تختلف باختلاف جهة الاصدار فنقول خطاب ضمان بنكي أو خطاب ضمان مؤسسة تمويل وضمان ، أو خطاب ضمان مؤسسة عامه كالمؤسسات العامة المتخصصة فى فرنسا أو خطاب ضمان شركة تأمين أو اعتماد مستندى بالضمان Stand by Letter of Gredit.

وبعض هذه الضمانات التى تصدر باسم (خطاب الضمان) هى مجرد كفالة او ضمان عاى ليس فيه صفات وميزات واحكام وطبيعة خطاب الضمان البنكى .

واذا قسمنا خطاب الضمان من حيث الغرض قلنا خطاب ضمان ملاحى او جمركى او لدفعه مقدمة أو ضمان نهائى فى مقاوله أو توريد أو مناقصة أو مزايدة أو لضمان رد الشئ المعار أو لضمان الوفاء بالالتزام فى البيع أو الشراء أو ضمان التسليم فى الميعاد، أو ضمان المواصفات أو جدية العطاء أو ضمان التنفيذ أو الصيانة أو العيوب الخفيفة أو التسويق أو خلاف ذلك .

(٩) خطابات ضمان الجنوح والتصادم

يتحمل مالك البضاعة بنسبة من الخسائر الجنوح والتصادم وحتى يمكنه استلام البضاعة عليه ان يقدم ضمان الى ان يتم تحديد حصته من الخسائر او الى ان توافر له السيولة النقدية ، ويعد تقدير الخبراء للخسارة التي لحقت المركب من جراء الجنوح او التصادم يرد خطاب الضمان للبنك عند دفع حصة البضاعة في هذه الخسارة ، وقد يتم ذلك قبل الميعاد او بعد اصلاح المركب وقيمة هذا الضمان محددة بقيمة ما يلزم ان تتحمله البضاعة في خسائر الجنوح والتصادم ، ويضاف الي تقرير الخبراء او الى فاتورة الاصلاح النهائية المصاريف ومدة هذا الضمان يجب النص عليها مع الالتزام بتجديده اذا لزم الأمر .

وكما اسلفنا يصعب حصر انواع خطابات الضمان ، فهي تدخل وتتداخل في علاقات تجارية او مدنية او ادارية ويفرزها العقد الاصلى المنشئ للعلاقات وقد ينظم أسلوب إصدارها وصياغتها وأهدافها ، وتنتج ايضا عن علاقة قانونية قضت واقتضت تقديم خطاب ضمان بنكي.

تأصيل وتكييف دور البنك ومركزه في خطاب الضمان

خدمة تمويلية وليس ضمان

اسلفنا ان المبدأ السائد لا يسمح للبنك اساسا القيام بعمليات الضمان ، فهي ليست شركات ضمان او تأمين ، كما أوضحنا أن خطاب الضمان البنكي وكذلك الإعتماد المستندي بالضمان لاتضمن مخاطر عدم الدفع وعدم الوفاء بالحقوق ولا تحمّل هذه المخاطر نيابة عن العميل بل انها تنقضى تماما التعرض لذلك .

ودور البنك سواء في خطاب الضمان او في الاعتماد المستندي بالضمان هو التزام مباشر لشخص معين بالذات يدفع مبلغ من المال في بحر مدة معينة طبقا لنصه وشروط سنده الذي يلزم يكون كافي بذاته ويلتزم العميل الأمر طبقا لعقد الخدمة

المصرفية بدفع كل ما قد يصرفه البنك للمستفيد مع المصاريف والعمولات .

ومخاطره البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندي بالضمان محسوبه بدقة حتي تكاد تنعدم ويمكن أن نعدّ خدمة البنك في تقديم خطاب الضمان ، هي خدمة تمويلية من صميم اعمال وايسست خدمة قانونية (ضمان)

والبنك لا يربط نفسه في العلاقات الاصلية المحيطية بخطاب الضمان والاعتماد المستندي بالضمان ، فعلاقته بالمستفيد مستقلة وخارجة عن هذه العلاقات .

وقد امتلظ ظروف التجارة الدولية في السبعينيات ضرورة ابتداء وسيلة فعالة من خلال البنوك الثقة فيها وباعتبارها طرفا ثالثا غريب .. عن العلاقة التجارية الاصلية محايد ويلزم أن يبقى كذلك ليس فقط لأنه أصلا غير مسموح له مزاوله عمليات الضمان ، ولكن ايضا لان فاعلية الوسيلة الجديدة تستلزم ذلك .

فسمات خطاب الضمان الجوهرية في كونه مستقل عن العلاقات المحيطية به شخصى مباشر لمستفيد معين بالذات لم يسهم في وجوده إلا إرادة البنك وحده محدد بدفع مبلغ معين في بحر مدة محددة بشروط وأردة به غير قابل للرجوع فيه من بالبنك ولا يرتهن صرفه بإرادة البنك او الأمر اذا طلبّ للمستفيد صرفه خلال أجله .

هذه السمات الجوهرية أملتھا اعتبارات التجارة الدولية في حدود صلاحية البنك لادائها باعتبارها أقرب في الفهم التحليلي ان تكون عملية تمويلية من ان تكون عملية ضمان . ولعل تسمية خطاب الضمان باسمه هو الذي أدخل اللبث في الفهم والتخريج والتكييف ، مع ان اعتباره ضمانا يهدر مأموريته ذات الطبيعة الخاصة والهدف الخاص في التجارة الدولية .

والبنوك خاصة التجارية منها حينما تقدم كفالات مصرفية وربما ضمانات مباشرة في عمليات تجارية انما هي في الواقع تحولها الى عمليات تمويلية ، فالبنك لا يخل شريكا في المكسب والخسارة وحتى البنوك الاسلامية تفعل ذلك بصرف النظر عن التسميات .

وهذه الخدمة البنكية سريعة مفيدة للبنك وأقل نفقة من ضمانات شركات التأمين وشركات التمويل والضمان .

وعندما نقول ان علاقة البنك منفصلة ومستقلة فانها كذلك من البداية فهو لم يشترك ابدا في العملية التجارية التي صاغها طرفيها ثم استدعاه احدهما لاداء مأمورية محددة ومعنية تحت مسؤوليته

واستقلال علاقة البنك وانفصالها ، هي بالنسبة لعلاقته بعميله وعلاقته بالمستفيد ، وعلاقة المستفيد بالعميل ، وخطاب الضمان الصادر عن البنك للمستفيد لا يحكم إلا علاقاتهما معا فقط طبقا لنصه وشروطه وفي حدود اجله .

ومفهوم هذه الاستقلالية والانفصال يؤدي الى تكسيد المبادئ الآتية .

١- لا تتأثر علاقة البنك بالمستفيد بعلاقة عميله الامر بالمستفيد ولا يؤثر فيها عقد المذكورين.

٢- ليس للبنك اي علاقة بالعملية الاصلية .

٣- يحكم علاقات البنك بالمستفيد خطاب الضمان وعلاقته بالامر عقد الخدمة المصرفية الذي حدد فيه العميل طلبه لخطاب الضمان كخدمة مصرفية وحدود وأجل هذه الخدمة اي انه هو الذي (العميل) أصدر التعليمات، فعليه تحمل تبعاتها، فاذا دفع البنك للمستفيد فانما هو ينفذ تعليمات العميل وعليه ان يتحمل مخاطر أعمال مقتض تعليماته وإلا يقم البنك في علاقة لم يشترك في خلقها ولا ناقة له فيها ولا جمل ، وهذه هي الاستقلالية والانفصال. وإلا كان للعميل الحق في الإحتجاج أو مراجعة البنك عند الدفع أو الرجوع عليه بمقولة ان العقد بينه وبين المستفيد لا يسمح بالمصرف مناقضا في ذلك لاوامره للبنك التي تضمنها عقد الخدمة المصرفية .

ومؤدى الاستقلالية والانفصال بالنسبة للبنك تمنعه أيضا كمبدأ من الإحتجاج على المستفيد بأي دفاع نابع من عقد الاخير مع العميل . اما حالات القش الفاضح او التزوير فلها

شروطها التى نتحدث عنها ، وقد يتصدى البنك لها وليس باعتباره اقحم نفسه على العقد الاصلى ولكن بوصفه يؤدى خدمه مصرفية لعميله وذلك على اى حال وكمبدأ أيضا فى حدود ضيقة جداً مؤسسة اما على امر قضائى أو على قانون ، وتختلف من بلد لآخر ولكنها دائما لا تُردّ الى القول بأن البنك يطبق العقد الاصلى فذلك لا يكون ابدا .

البنك مصلحة فى شروط خطاب الضمان اخصها ان تكون وافيه وكاملة وكافة البيانات المطلوبة منه ، ولذلك له ان يقبل او يرفض اصدار خطاب الضمان .

واهم ما يعنى البنك فى هذه الشروط هو :

١- وضح النص في ان الضمان مباشر .

٢- شروط الدفع ومدى ما فيها من تفصيلات لا تقم البنك في العمل التجارى .

٣- اهلية المستفيد وحقوقه .

٤- قيمة الضمان وأجله.

وسيلة البنك لتحقيق مصلحته ومصلحة العميل ايضا هى عدم التدخل بين العميل والمستفيد بأى صورة وانما نصح العميل وقبول او رفض اداء الخدمة المصرفية باصدار خطاب الضمان بالصورة التى يريدتها العميل . وذلك لأن البنك أكثر خبرة ومن حقه وأحيانا من واجبه ان يبصر عميله بالمخاطر التى سوف يتعرض لها اذا ما صدر خطاب الضمان بالصورة التى يقترحها ..

فوضوح الصياغة وتحديد مستندات الصرف ومصدرها وملاحظة اختلاف احكام القوانين في البلاد المختلفة ووجوب اثبات مفهوم القوة القاهرة المانعة من المصرف او المرهون الصرف بوقوعها فى نص خطاب الضمان وتعريفها تعريفا جامعاً مانعاً لالبت فيه وغير قابل لتأويل مع ترك امر تقدير ذلك عند المصرف للبنك بحرية مطلقة .

فاذا كانت شروط الضمان غامضة وقابلة للتأويل كان من حق البنك رفض اصدار خطاب الضمان وذلك حقه دائما على اى حال.

وكذلك ينظر البنك عند قبوله اصدار خطاب الضمان في مركز العميل المالي ومدى قدرته علي الوفاء بالتزاماته للمستفيد من الظروف الاقتصادية والسياسية المحيطة بالعقد الاصيل ومدى تأثيرها على طلب صرف الضمان ، والبلد الواجب صرف الضمان فيه (بلد المستفيد) ومدى اعتراف قوانينها بالقواعد الدولية سواء في أجل خطاب الضمان ومدة صلاحيته او رد ورقته او فيما يتعلق بريطه بالعقد الاصيل وجوداً وانتهاءً .

و القانون الواجب إعمال مقتضاه والذي يحكم خطاب الضمان طبقاً لقواعد الإحالة عند تنازع القوانين سواء طبقاً لبلد المستفيد او الأمر ومدى شرعية الإتفاق على اعمال قانون معين طبقاً لقوانين البلدين وكذلك بالنسبة للاختصاص .

وإذا كان البنك لا يدخل في تفصيلات عند الصرف يقحمه بصورة أو بأخرى على العقد الاصيل ويرفض اي شروط في خطاب الضمان تؤدي الى ذلك ، الا أنه عند دراسة اصدار خطاب الضمان يكون من حقه اجراء دراسة كاملة للعميل ومركزه وطاقاته والمشاريع وحجمه وفرصة نجاحه والظروف القانونية والاقتصادية والسياسية المحيطة به في بلد التنفيذ فالبank وحده هو اخيرا الملزم بالدفع من ماله وان كان على حساب العميل .

وقد يطلب البنك غطاء كاملاً دون تسهيلات او ضمانات إضافية لوفاء العميل بحقوقه اذا ما صُرفَ خطاب الضمان ، ويكون الضمان احياناً من شركات التمويل والإئتمان او من شركات التأمين او من الشركات المتخلفة في العملية ، وشركات التأمين وكذلك مؤسسات الضمان لا تمنح ضمانها للوفاء للبنك الا بعد دراسة خطاب الضمان وشروطه المقترحة ومدى تعرضها لمخاطر صرفه .

صياغة خطاب الضمان

يجب أن تكون الصياغة واضحة وقاطعة في نوعية خطاب الضمان وشروط صرفه وطبيعته فخطاب الضمان يلزم ان يكون نصه قاطع الدلالة على أنه مستقل عن العلاقات التي افرزته

وشخصى ومباشر بين البنك والمستفيد وعدم اسهام أى إرادة في خلقه غير إرادة البنك، واضح الأجل وتاريخ الانتهاء ومدة السريان وشروط الصرف ويلزم ألا يكون تعبير (خطاب الضمان) مؤدى لخلطه بالضمان العادى ، أعنى عقد الضمان ، فتسمية خطاب الضمان تؤدي الى إرباك وخلطة بمفهوم الضمان العادى أو التقليدى ، ولا يكفى القول بأنه ضمانا مستقلا منفصلا أو أنه ضمان احتياطى ففى ذلك إشارة الى شروطه وليست إشارة الى طبيعته باعتباره خدمة مصرفية أقرب الى التمويل منها الى الضمان .

وحتى تعبيرات البنوك الانجليزية بأنه غير مشروط وغير قابل للرجوع فيه ومستحق عند الاطلاع وأنه التزام نهائى لا يستطيع البنك او الأمر وقف صرفه فى اجله ، حتى هذه التعبيرات وأن كانت أفضل إلا إنها لا تبرز ما هية وطبيعة خطاب لضمان بإعتباره خدمة مصرفية تمويلية أكثر من كونه ضمانا من البنك بارادته وحده لمستفيد معين بمبلغ معين لمدة معينة لا تسهم إرادته المستفيد فى خلقه ، وإن استفاد منه ولا تسهم إرادة الأمر فى وجوده وأن كان بناء على طلبه .

ولعل احسن التعبيرات هو الجمع بين هذه الاوصاف التى تردد في خطابات ضمان البنوك الانجليزية .

ويلزم عدم استعمال بعض التعبيرات اللغوية التى تستعمل فى الضمانات العادية كالقول :
(نقدم كفالة منا لعميلنا) (ضمن لكم قيام عميلنا بكافة التزاماته فى عقده معكم المؤرخ فىبخصوص ..) (ندفع لكم مبلغ كذا فى حالة اخلال عميلنا بالتزاماته وعدم الوفاء بما ينص عليه عقده معكم)

كل هذه التعبيرات مرفوضة جدا لانها تخلق خطاب الضمان بالضمانات الاخرى ، ولكن ليس معنى هذا عدم الإشارة الى العقد الاصلي اشارة مركزة لاثبات مناسبة اصدار البنك لخطاب الضمان ، ويقال بمناسبة عقدكم مع عميلنا فلان المؤرخ فى .. نلتزم بون رجوع منا وبدون مراجعة للعميل وفي علاقة مستقلة وشخصية بكم مباشرة من البنك ان ندفع لكم مبلغ

(كذا) دون قيد او شرط (الا) اذا طلبتم ذلك من اليوم وحتى الساعة ١٢ من يوم كذا ، ويعد هذه المدة يعتبر هذا الإلتزام كأن لم يكن أصلا ويلزم أن تردوا هذا المستند الذى سوف ينعدم اثره القانونى بفوات أجله ونجدهه لمدة أخرى اذا رأينا ذلك .

اذا قدم خطاب الضمان قبل التوقيع النهائى على العقد الاصلى لسبب أو لآخر يلزم ان ينص فيه على ان بداية سريانه لا تبدأ الا من تاريخ سريان العقد الاصلى وتوقيعه نهائيا واذا كان البنك لا يرغب ان يقيم نفسه على بداية سريان العقد الاصلى من عدمه ولا يرى تتبع ذلك فقد يضاف الى النص ان البنك هو الذى يقرر وحده اذا كان العقد الاصلى قد بدأ تنفيذه وتم توقيعه من عدمه وليس مطلوب منه الا بذل العناية المعقولة للتحقيق من ذلك .

ولعله من الأفضل تحديد التاريخ المتوقع لتوقيع العقد الاصلى نهائيا وبداية تنفيذه وذكر فى التعاقد الاصلى يجب ان يتلائم زمنيا بداية الضمان مع بداية التعاقد للعدة المتفق عليها .

والمهم انه لا يمكن تعليق سريان خطاب الضمان البنكى على أى ارادة غير ارادة البنك ويلزم أن يكون لاجله بداية ونهاية منصوص عنهما فيه بوضوح فلا يقبل ان يقال أن العميل الأمر له مصلحة فى إتمام العملية وكذلك لايأس من تطبيق بداية سريان خطاب الضمان على شهادة منا لانه اذا كان ذلك كذلك فلماذا انن لا يؤجل طلب اصدار خطاب الضمان حتى يرى الأمر أن العقد قد بدأ تنفيذه هذا واقحام إرادة الأمر على خطاب الضمان فيه اهدار لمبدأ استقلال خطاب الضمان البنكى وانفصاله عن العلاقات المحيطة به .

وهناك حالات يكون من السهل فيها ربط سريان خطاب الضمان البنكى بالعقد الاصلى دون اقحام أى ايرادة أخرى على خطاب الضمان او التوضحية بمبدأ استقلاله وانفصاله عن العلاقات المحيطة به وبعض هذه الحالات هى :

١- اذا كان المستفيد ملتزما بدفع دفعة مقدمة عند بداية سريان العقد وتوقيعه فيمكن ربط هذا بتاريخ بداية سريان خطاب الضمان وخطاب الضمان فى هذه الحالة لا يكون رهين ارادة المستفيد وإنما هو يدور مع وجود العقد الاصلى وسريانه وعدم وجوده، ووجود هذا العقد

وسريانه مرهون بدفع الدفعة المقدمة وخطاب الضمان البنكي المستقل المنفصل لا يقدح في جوهره أن يكون صلوره يدور مع مناسبة تجارية معنية .

وغالبا ما يكون البنك وحده في هذه الحالة هو صاحب القرار وذلك بأن يلتزم المستفيد بدفع الدفعة المقدمة بعد التوقيع النهائي في بنك الأمر الذي سوف يصدر خطاب الضمان وتاريخ هذا السداد يكون بداية سريان خطاب الضمان وذلك واضح وقاطع .

٢- وكذلك الحال ان كان سريان العقد المرهون به سريان بداية مدة خطاب الضمان البنكي متوقف على فتح اعتماد مستندى من المستفيد ففي مثل هذه الحالة لا يجد البنك المُستفيد أى صعوبة سواء أكان الاعتماد أى الدفعة المقدمة من خلاله او من خلال بنك آخر .

٣- وبالنسبة لخطاب رد المبالغ المحتجزة او المبالغ المدفوعة مقدما فهي تنتهى اذا أوفى الأمر بالمبلغ المدفوع مقدما في حساب المستفيد من خلال بنكه او البنك المصدر لخطاب الضمان، ولا مشكلة في ذلك بشرط وضوح النص كأن يقال مثلا ينتهى أجل خطاب الضمان اذا ما دفع العميل الدفعة المقدمة بمبلغ كذا في حسابكم رقم ببنك ... بناء عن ائصال من البنك بالسداد وكذلك الحال اذا كان الضمان بصدد مبالغ محتجزة تم الوفاء بها من الأمر وكذلك بالنسبة لخطاب الإعتماد بالضمان Stand By Letter of Credit

وفي هذا الخصوص أى في حالة تعليق سريان الضمان على سريان العقد الأهملى ، يسرى في شأنه مع اسلفناه وقد يتضمن نصه شرطا يلزم المستفيد عند طلب الصرف تقديم مستند متفق عليه نصا في صلبه يوضح جهة اصداره ويؤكد بداية سريان العقد وتوقيعه النهائي .

في علاقة العميل بالبنك المراسل

في حالة الخطأ في صرف المراسل (البنك الأجنبي) للمستفيد وانعدام العلاقة بينه وبين

الأمر ، إذا كان البنك المراسل مجرد وكيل عن البنك الأصلي ، وأبلغ نص خطاب الضمان خطأ أو تأخر في تبليغه مما ترتب عليه آثار ضارة بالأمر . وكان البنك المحلي الأصلي (بنك الأمر) ، في ذات الوقت غير مسئول عن هذا الخطأ أو أن مسئوليته أستبعدت، في هذه الحالة يكون مركز العميل الأمر دقيق ذلك أنه لا يمكنه أن يلاحق البنك المراسل الأجنبي لانعدام العلاقة بينهما ولا يمكنه أن يلاحق البنك المحلي لانعدام الخطأ من جانبه .

ويقضى القانون الألماني في هذه الحالة بمكّنه تعويض الأمر من البنك الأصلي تأسيسا على نظرية (تحويل المخاطر أو تحويل الخسائر Schadensliquidation in Dritteminteresse فالبنك الأصلي كان عليه واجب ملاحقة البنك المراسل عن خطئه والا اعتبر لم يوف بالخدمة المصرفية التي قبلها ولم يبذل العناية الواجبة .

علاقة العميل بالبنك المراسل

المعزز المصدر للضمان مباشرة للمستفيد

إذا كان البنك المراسل قد كُلفَ من البنك الأصلي بإصدار خطاب ضمان مباشر للمستفيد في بلده مقابل خطاب الضمان له من البنك الأصلي بذات الصياغة والشروط التي حددها العميل فإن هناك علاقتين :

أولا : علاقة الأمر بالبنك الأجنبي - ولعلاقة بينهما ولكن - يكون للأمر الرجوع عليه مباشرة عند الخطأ في الصرف أو التأخر في التبليغ أو الخطأ في صياغة خطاب الضمان وشروطه أو الوفاء غير القانوني أو غير المشروع.

ثانيا : علاقة البنكين يحكمها خطاب الضمان الصادر من البنك الأصلي للبنك الأجنبي ويلتزم البنك الأصلي في حدود القواعد النواية بوقف صرف الضمان المقابل في حالة الغش البين من المستفيد واسهام البنك المراسل فيه .

اما إذا دفع البنك الأصلي للبنك المراسل قيمة خطاب الضمان المقابل في حالات الغش

الفاضح او التزوير في صرف المستفيد الاجنبى بالتواطؤ مع البنك الأجنبي فانه سوف يكون للأمر دائما الرجوع عليه طبقا لعقد الخدمة المصرية وتأسيسها عليه ، وقد يلجأ الأمر قبل ذلك الى القضاء ضد البنكين لوقف الصرف فى الحالات المتاحة فيها ذلك .

توضيح مفهوم استقلالية خطاب الضمان

البنكى

نقول دائما ان خطاب الضمان البنكى مستقل عن العلاقات الثلاثة المحيطة به سواء فى ذلك علاقة المستفيد بالأمر فى العقد الاصلى او علاقة الأمر بالبنك او علاقة البنك بالمستفيد التى هى وحدها التى تُردُّ الى خطاب الضمان الصادر بارادة البنك المستقلة .

ونقول ايضا ان هذه العلاقات ترد الى ثلاث مصادر منفصلة تماما ولا يؤثر احدهما على الأخرى ، فالعقد الاصلى يحكم المستفيد بالأمر وهى علاقة عقدية ، وعقد الخدمة المصرفية يحكم علاقة البنك بالأمر وهى أيضا علاقة عقدية ، أما خطاب الضمان فهو ليس عقداً ويحكم فقط علاقة البنك بالمستفيد ، نون ان يؤثر او يتأثر بالعقدين المحيطين به وذلك بالرغم انه ظهر فى الوجود بناءً عن رغبة الأمر ، وعقد الخدمة المصرفية ، ومناسبة العقد الاصلى بين المستفيد والأمر ، فارادة ايهما لم تسهم فى انشائه ، والهدف من وجوده لا يؤثر بحال من الاحوال على علاقة البنك بالمستفيد المؤسسة على خطاب الضمان وهذا مفهوم آخر لاستقلالية خطاب الضمان .

ولعل هذا المفهوم يكون اكثر وضوحا عند النظر الى خطاب الضمان المقابل الصادر من البنك الأجنبى الى المستفيد فعلاقتهمما لاتتأثر اطلاقا بعلاقة الأمر بالبنك الاصلى لانها علاقة مستقلة عنهما ، وهذه الاستقلالية تحصن خطاب الضمان البنكى من ان يتأثر بانهاء العلاقات الأخرى او انكارها او نقضها او الغائها او تصفيتيها او حالات الافلاس على النحو الذى نتناوله بياجاز فى هذا الكتاب .

وكلمة Abstractness تستعمل احيانا خاصة فى القانون الهولندى للتعبير عن تأثير خطاب الضمان بهذه الحالة ، اما فى بلجيكا وفرنسا والمانيا فيستعملون تعبير الظروف الخارجية عن خطاب الضمان ، (Extraneous Elements)

ولكن التعبير السائد فى انجلترا ، وامريكا وكندا هو كلمة (Independence)

خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية هو أداء متميزة أملتأها حاجة التجارة فهو لا يخضع للقواعد العامة للضمان او لنظرية العقد ، فجميع الاطراف المحيطة به تعملوا التحرر من هذه القواعد وأرادوا إبداع أداة ووسيلة ضمان بنكية مضمونه وفعالة وتحقق أهدافهم دون مخاطر كبيرة أو تعقيدات عند الحاجة الى صرف الضمان ، لذلك كانت طبيعته المتميزة فى وجوده وأثاره وإنقضائه ، وغالبا ما يكون للبنوك صياغة نموذجية لانواع خطاب الضمان التى تصدرها وقد يدخل عليها البنك بعض التعديلات بناء على طلب عميله طبقا لطبيعة الغاية المستهدفة من طلب خطاب الضمان دون ان يخرج هذا عن طبيعته المحددة .

قد يصادف هذه الحرية فى تكوين خطاب الضمان وشروطه بعض العقبات ، ومنها ان تمنع بعض القوانين الوطنية تضمين خطاب الضمان البنكى بعض الشروط أو إخضاعه لمراجعة قانونية قبل إصداره ، وقد تكون الشروط الممنوحة أو الغير مجازة ، والتى تختلف من بلد لآخر فى غير مصلحة البنك أو العميل الأمر أو المستفيد ، فمثلا رأينا ان القانون فى امريكا لا يسمح للبنوك بعمليات الضمان أساسا إعمالا للمبدأ القائل (انه ليس من اغراض البنوك ضمان ديون الآخرين) وقد تحايلت البنوك على ذلك بالاعتماد بالضمان (Stand by Letter of Credit)

وعندما استقر خطاب الضمان البنكى كوسيلة متميزة هى اقرب الى ان تعد خدمة تمويلية منها الى الضمان بمخاطر محدوده اصبح خطاب الاعتماد المستندى بالضمان هو خطاب الضمان ،

كما لا تعترف بعض القوانين فى بعض البلاد بانتهاء خطاب الضمان فى اجله وتربطه وجودا وعدمه بالعقد الاصلى ، أو أنها تشترط رد ورقته من المستفيد الى البنك كشرط لانتهائه

وتجتهد القواعد الموحدة في تضيق هذه الخلافات الى اكبر حد ممكن .

ولكن هناك مبادئ بنكية اخرى كان يلزم ان تضحي بها البنوك في سبيل ابداع آلية خطاب الضمان او على الاقل تحد منها او تطفها ، منها المبدأ القائل (أنه من واجب البنك ان يرضى مصالح عميله ، ان يتبع تعليماته)

اما بالنسبة لتعليمات العميل فقد تكفل بها مبدأ استقلالية خطاب الضمان البنكي وانفصاله عن العلاقات المحيطة به ، فالعميل بعد صدور الضمان مباشرة للمستفيد في علاقة شخصية ومنفصلة مع البنك لم يعد هو او البنك من مقنورهما المساس بالضمان وشروطه بأى صورة من الصور فالعميل غريب عن خطاب الضمان لم تسهم اراسته في خلقه والبنك ليس من حقه بعد اصداره الرجوع فيه طوال اجله ولذلك فلا تقبل تعليمات لغريب عن العلاقة سواء اكانت من الامر او المستفيد .

وأما بالنسبة لرعاية مصالح العميل فهذا المبدأ قائم في حدود طبيعة خطاب الضمان وآليته على ما هو واضح في هذا الكتاب .

والنماذج الموحدة التي تتعامل على اساسها البنوك تختلف من بلد لآخر وكذلك قد تختلف حتى من بنك لآخر في البلد الواحد كما نرى من نماذجها ، ولكنها تنص أو يجب ان تبقى على الطبيعة الخاصة القانونية والآلية لوسيلة خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية سواء بالنسبة لنشأته او آثاره او إنقضائه ، فاذا ضحت هذه النماذج بالسمات الاساسية والجوهرية في تكوين خطاب الضمان البنكي فنكون ببساطة اسنا بصدد خطاب ضمان بنكي .

عودة الى طبيعة العلاقة بين البنك

والعميل في بعض البلاد

هل هو عقد وكالة أو إنابة (Mandate) للخروج بنظرية متكاملة وغير متناقضة ومتفقة مع نظام خطاب الضمان وجوهره، على ما رأيناه، فان العلاقة بين البنك والعميل يلزم فصلها

تماما فى خطاب الضمان البنكى ، فهى علاقة منفصلة ترد الى عقد الخدمة المصرفية ، الذى لا ينظر اليه باعتباره عقد وكالة أو إنابة لان البنك عندما أصدر خطاب الضمان لم يكن وكيلا أو نائبا عن عميله ، وإنما أصدره لحسابه ذاتيا مباشرا لمستفيد دون اقام عميله فى خلق خطاب الضمان ، هذا علاوة على ان الخدمة المصرفية التى يؤديها البنك لعميله هى فى المقام الاول خدمة تمويلية من صميم اعمال البنوك وان أفرزت للمستفيد ضمانا فهذا الضمان ليس نتيجة عقد العمل مع البنك بلهى صورة فالعقد انن هو عقد خدمة مصرفية (Render of Ser-vices)

وذهب البعض فى هولندا الى إعتبار عقد العمل مع البنك عقد إنابة وفى بلجيكا يرفض بعض الشراح ذلك ولا يوافقوا على ان العقد عقد خدمة مصرفية لانه لا يقدم خدمة محددة وواضحة ويقولون انه عقد تمويل او قرض مستمر والتمويل خدمة مصرفية على أى حال وقد تكون تسمية العلاقة بأنها عقد خدمة مصرفية أشمل .

وفى فرنسا ذهب الشراح الى التكييفات الثلاثة فبعضهم يراها علاقة إنابة وآخرون يرونها خدمة مصرفية وفريق ثالث ينظر إليها باعتبارها عقد قرض أو تمويل مستمر .

وفى المانيا يختلف الوضع لان قواعد عديدة من القواعد التى تحكم علاقة البنك بالعمل يقولون انها منقولة عن قواعد الانابة عندهم.

والعقد المسمى فى المانيا Geschäftsbetragung

هو عقد ذو طبيعة غامضة يدرجون تحت مظلة كثيرا من العلاقات .

ومن الواضح ان العلاقة بين العميل والأمر تختلف جوهريا عن مفهوم عقد الانابة أو الوكالة ، وهذا علاوة على ان هذا التكييف يعقد العلاقة بين البنك وعميله فى أى نزاع قد ينشأ بينهما ، وربما يكون من الاحسن ان نعتبر هذا العقد ذو طبيعة مستقلة او عقد غير مسمى ليس من اللازم رده الى العقود المسماة فهو (عقد خدمة مصرفية ليس الا .. ليس الا) .

تنفيذ تعليمات العميل

التزام ببذل عناية

العلاقة الأساسية بين العميل والبنك هي أن البنك يقدم خطاب الضمان خدمة العميل ولذلك يلزم أن يعوِّض البنك إذا اضطر للدفع للمستفيد وهذا الحق يلزم ألا يكون مشروطاً .

والتزام العميل بتغطية البنك مؤسسا على أن الأخير إنما قام بتنفيذ تعليماته تماما ، فهو قد اصدر خطاب الضمان طبقا لما اوردته العميل في طلبه بذات الشروط الواردة به وعلى ذلك فيلزم التاكيد من أن ذلك قد روى ولا تأثر حق البنك في استرداد ما دفعه .

وهذه القاعدة التي تربط حق البنك في استرداد ما دفعه بتنفيذه لتعليمات العميل في اصدار خطاب الضمان بالشروط الذي حددها في طلبه ، هذه القاعدة ، موضع مناقشة وخلاف بين الشراح .

(١) فبعضهم يقول قبول العميل لخطاب الضمان بالصياغة التي قبل البنك اصداره بها واستلام العميل لصورة خطاب الضمان معناه ان العميل قبل التعديلات الواردة في طلبه للخدمة المصرفية والتي رهن البنك قبوله اصدار خطاب الضمان بها ، وهذه المشكلة نظرية وفقهية لان البنوك تحرص دائما في حالة حدوث اى تعديل على الطلب الاصلى للخدمة المصرفية ان تأخذ موافقة العميل كتابة على ذلك .

(٢) والبعض يرى أن هذه القاعدة التي تربط بين استرداد البنك ما دفعه وبين تنفيذه تماما لتعليمات العميل ، يستثنى منها حالة الدفع للمستفيد الذي له فعلا حق الصرف ، ذلك ان البنك يمكن ان يسترد ما دفع على اساس قواعد العدالة وليس على اساس عقد الخدمة المصرفية .

(٣) ويرى آخرون ان ذلك معناه ان العميل يعوِّض البنك عما دفعه مخالفا لتعليماته بمقولة ان ذلك تحقيقا لقواعد العدالة ، وهذا يجر البنك الى اثبات ان المستفيد كان مستحق الدفع

على اساس عقده الاصلى مع العميل وفى ذلك اتمام البنك على العميلة التجارية وفيه ايضا توضيحية بمبدأ انفصال العلاقات واستقلالها .

والواقع ان هذا النظر مؤسس على ان علاقة العميل بالبنك هى علاقة امانة او وكالة او تفويض ، فإذا نظرنا اليها على انها عقد خدمة مصرفية ، نفذ على اساسه البنك تعليمات عميله ، فاذا كان ثمة من انحراف عن هذا العقد فيكون من حق طرفيه ان يعود احدهما على الاخر بمقتضاه وكذلك فى حالة عدم مراعاة البنك لواجبه فى العرف البنكى من الحرص على مصالح عميله .

وهذا لن يؤثر على اى حال فى التزام البنك قبل المستفيد .

العلاقة الثالثة

علاقة البنك بالمستفيد

(١) التزامات المستفيد

لا يلتزم المستفيد فى خطاب الضمان البنكى ، قبل البنك ، بأى شئ على الاطلاق التزاما نابعا من خطاب الضمان ويرد اليه .

وهو ايضا لا يلتزم قبل الأمر بأى التزام نابعا من خطاب الضمان ويرد اليه انما التزامه قبل الأمر ينبع من عقدهما معا ويرد الى هذا العقد بينهما وليس الى خطاب الضمان .

وخطاب الضمان يعطى المستفيد حقا شخسيا فى صرف قيمته طوال اجله المنصوص عنه فى ورقته . من البنك الذى اصدره ، ولا يشترط ان يكون المستفيد قد سبق قبوله لخطاب الضمان بل انه يصرفه حتى لو كان قد سبق رفضه له . ولا يستطيع البنك ان يرفض الصرف

طالما تقدم المستفيد طالبا صرقه فى أجله وبالشروط الواردة به اذا كان مشروطا ، ويصرفه البنك بمجرد طلب الصرف من المستفيد اذا لم يكن مشروطا .

ولا يستطيع البنك الغاء خطاب الضمان بمجرد خروجه من حيازته وتسجيله فى دفاتره حتى اذا لم يتسلم المستفيد صكه ، ولا ينتهى الا بانتهاء أجله المنصوص عنه فيه .

أما الأمر فلا علاقة له بخطاب الضمان وهو غريب عنه فالعلاقة فيه مباشرة بين البنك والمستفيد وهى مجردة عن السبب فليس عقد الأمر مع البنك سببا لخطاب الضمان البنكى وخطاب الضمان البنكى غير قابل للتداول او التظهير فالمستفيد لا يستطيع التنازل عنه او تداوله او رهنه ولا يقبل من دائنى المستفيد او الأمر الحجز عليه لان قيمة خطاب الضمان النقدية التى التزم بها البنك للمستفيد تظل من اموال البنك ولا تخرج من ذمة البنك الا عند طلب المستفيد لها وصرفها فعلا ، وتنتقل قيمة خطاب الضمان الى ذمة المتفيد فى لحظة صرفه وتختلط بماله فى وعاء ذمته المالية دون تمييز لها او تخصيص وقبل الصرف الفعلى لا تخرج من ذمة البنك وماله .

(٢) التزامات البنك

التزامات البنك تابعة من خطاب الضمان الصادر عنه دون اى ورقة خارجة عليه ، فكل خطاب الضمان الصادر عن البنك يلزم ان يكون (كافى بذاته) ويلتزم البنك فيه بدفع مبلغ من المال فى الحدود الواردة والمنصوص عنها فى ورقة خطاب الضمان وفى الأجل الوارد به .

ولا يقبل من البنك النكوص عن التزامه بالصرف اذا تقدم المستفيد طالبا الصرف فى الميعاد مستوفيا الشروط او الشرط الوارد بورقة خطاب الضمان او يتم الصرف بمجرد الطلب اذا كان خطاب الضمان طبقا لنصه نظيفا غير مشروط .

وذلك طالما خرج خطاب الضمان من حيازة البنك وسجل فى دفاتره فيذلك تتم ولادته اما فترة الاعداد والصياغة فيها لا تكون ولادة خطاب الضمان قد تمت ، وينعقد خطاب الضمان

بقوة القانون بناء على ارادة البنك المنفردة دون مشاركة اى ارادة اخرى (لأمر أو مستفيد)
ويترتب على ذلك استحالة الزام البنك باصدار خطاب ضمان بارادة إحداهما أو كلاهما إذ
يلزم ان تكون ارادته المنفردة حرة بلا شريك

وخطاب الضمان ليس عقدا بين البنك والمستفيد .

ولا يجوز الوعد باصدار خطاب ضمان ، فاذا قام هذا الوعد من البنك فهو غير ملزم ولا
يستطيع العميل إجباره على اصداره عن طريق القضاء ، اذ يلزم ان تكون ارادة البنك حرة ،
وطالب العميل ليس الا خدمة مصرفية اذا لم يؤديها البنك فلا سبيل لالزامه بها عن طريق
القضاء وطلب اصدار خطاب الضمان لا يصير عقدا للخدمة المصرفية له قوة الزامية في
تنظيم علاقة البنك بالأمر ، الا بعد ان يقبل البنك اصدار خطاب الضمان ، ويصدره فعلا ،
فواقعة الصدور الفعلي لخطاب الضمان منشئة لعقد الخدمة المصرفية ، ولا نرى مكنة رجوع
الأمر بالتعويض اذا لم يصدر خطاب الضمان تأسيسا على عقد الخدمة المصرفية ، لان
الخدمات المصرفية لا يمكن الزام البنوك بها قصرا وقهرا .

هذا علاوة على ان رجوع الأمر بالتعويض على البنك ففي هذه الحالة نجعل من عقد الخدمة
المصرفية بين الأمر والبنك سببا لخطاب الضمان البنكي المجرد عن السبب ويزبط خطاب
الضمان البنكي بعلاقة البنك بالأمر وهى علاقة منقطعة الصلة به فاذا كان الأمر لا يستطيع
وقف صرف خطاب الضمان او ان يطلب من البنك ذلك فانه لا يستطيع ان يجبر البنك على
اصداره ، الذي سوف يكون المسئول الوحيد عن صرف قيمته وليس له (اى البنك) اى حق
فى النكوص عن ذلك .

وليس صحيحا أن خطاب الضمان نتيجة وأثرا لعقد الخدمة المصرفية وإلا أصبح هذا
العقد سببا لخطاب الضمان وإنما الصحيح ان طلب الخدمة المصرفية مناسبة لاصدار خطاب
الضمان وحتى لو كان خطاب الضمان مغطى بالكامل من مال الأمر فى البنك فانه ايضا لا
يستطيع إجبار البنك على اصداره لان البنك يلتزم قبل المستفيد من ماله وليس من الغطاء والا

كان الأمر هو المصدر لخطاب الضمان من ماله ويسيطر عليه وجودا وعندما فغطاء البنك منقطع الصلة بمبلغ الضمان .

ولا يلزم اخطار البنك عميله قبل الصرف للمستفيد ، فإن فعل ، فهو اجراء ودى يهدف منه البنك خدمة عميله وإشراكه فى مراجعة الاوراق اللازمة للصرف اذا كان خطاب الضمان مشروطا ، او اعطائه الفرصة اذا كان لديه ادلة ضد المستفيد تؤدى الى وقف الصرف قضائيا للفش الفاضح او التزوير او اساءة استعمال الحق فى بعض البلاد اللاتينية خاصة فرنسا وسويسرا . وذلك كله لا يؤثر على صرف خطاب الضمان للمستفيد وحقه فى صرف قيمته فوراً .

وهذه الفورية قد تتراخى ثلاثة ايام على الاكثر لاتاحة الفرصة للبنك لدراسة طلب الصرف خاصة فى خطابات الضمان غير المشروطة وربما يوما واحدا فى الضمان التنظيف عند الاطلاع الا إذا صدر حكم بوقف الصرف بناء على طلب العميل او البنك .

وفى هذه التطبيقات تختلف الاحكام والقوانين من بلد لآخر دون ان تمس جوهر خطاب الضمان البنكى .

وفى خطاب الضمان المشروط لا يراقب البنك عند الصرف الاشكل المستند او المستندات المطلوبة فى نصه لمكته صرفه . وأخص ذلك هو التأكد من ان الجهة التى اصدرت المستند هى المخول لها ذلك طبقا لنص خطاب الضمان .

وقد تُراجع بعض البنوك فى بعض البلاد عميلها فى ذلك ، وهذا ليس اشراكا للعميل فى إتخاذ القرار بالصرف من عدمه فذلك للبنك وحده فإلتزامه قبل المستفيد شخصى ومباشر والبنك وحده صاحب قرار الصرف .

وخطاب الضمان التنظيف اى غير المشروط هو تعهد فوري ملزم للبنك بالدفع فور الطلب فى اجل خطاب الضمان ، ويلزم ان تصل مطالبة المستفيد للبنك فى بحر الاجل الوارد فى نص خطاب الضمان .

ونادرا ما يصدر خطاب الضمان البنكي غير محدد الأجل فاذا صدر ، يتقادم بالتقادم الطويل طبقا للقانون ، ولا يستطيع البنك انهاءه قبل ذلك الا اذا استرد صكه من المستفيد او سواء. ولا يتعارض ذلك مع قولنا ان فقد المستفيد لصك خطاب الضمان لا يسقطه حقه في صرفه ، لأننا في هذه الحالة (حالة خطاب الضمان غير محدد المدة) انما نقيم اعتبارا لتسليم المستفيد بنفسه صك خطاب الضمان لانه اصبح غير ذي موضوع وانتهى الغرض منه حتى ولو سلمه الى الامر الذي رده للبنك .

وتسرى مدة التقادم فور صدور خطاب الضمان غير المشروط أو من تأريخ تحقيق الشروط او استحالته وتختلف التطبيقات من بلد لآخر .

(٣) حالات الإفلاس

افلاس الامر لا يؤثر في التزام البنك بالصرف للمستفيد في بحر مدة سريان خطاب الضمان سواء اكان مشروطا وتحققت شروطه او غير مشروط .

وفي حالة افلاس المستفيد يكون من حق البنك الصرف للسنديك وذلك باعتبار السنديك امتداد لشخص المستفيد ونائبا ووكيلا قانونيا عنه .

وينهى موت المستفيد خطاب الضمان البنكي لانه التزام لشخص معين بالذات وليس تركه للخلف العام او الخاص ، وهذا التزام ذو طبيعة خاصة لانه لا يقوم الحق فيه إلا عند طلب المستفيد الصرف وصرفه فعلا وحتى هذه اللحظة يكون مبلغ الضمان من مال البنك لم يدخل ابدا مبلغه او الحق فيه في ذمة المستفيد المتوفى .

وموت الامر لا يؤثر في التزام البنك بالصرف للمستفيد خلال اجل خطاب الضمان لانه التزام شخصي على البنك للمستفيد لا علاقة له بالامر وذلك سواء كان خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط أما اذا اصبح تحقيق الشروط مستحيلا بوفاة الامر أصبح خطاب الضمان غير قابل للصرف لتعليق هذا الصرف على شرط مستحيل التحقيق .

(٤) الحجز على الغطاء

يجوز الحجز على الغطاء من دائتي الأمر تحت يد البنك ، سواء في ذلك ان يكون الغطاء نقدا او حافظة اوراق مالية او بضائع او عقارات ، ذلك لان الغطاء لم يخرج من ذمة الأمر وإنما تحمل فقط برهن لمصلحة البنك في حدود القدر المكشوف من قيمة الضمان وهذا الرهن الحيازي يرتب امتيازاً للبنك بوصفه دائناً مرتبها حسن النية ويخوله ذلك استيفاء حقه أولاً ، أما اذا كان الضمان صادر على المكشوف دون غطاء فليس للأمر مالا للحجز عليه .

وتقوم البنوك بايداع الغطاء التقدي في حساب خاص باسم العميل بمسميات مختلفة او باسم البنك ، وهذا لا يغير من طبيعته باعتباره مالا مملوكا للأمر محملاً بحق رهن للبنك .

(٥) الحجز على قيمة خطاب الضمان

أ - حجز دائن المستفيد :

لا يجوز الحجز على قيمة خطاب الضمان من دائتي المستفيد تحت يد البنك ذلك أن مبلغ الضمان يظل من مال البنك إلى أن يتقدم المستفيد لصرفه ويصرفه فعلاً ، فخطاب الضمان يقرر حقاً شخصياً للمستفيد في صرف مبلغاً معيناً في بحر مدة معينة إذا أعلن إرادته بطلب الصرف وصرفه فعلاً .. وبعد استيفاء شروطه او شرط الصرف إذا كان مشروطاً أو بمجرد الطلب إذا لم يكن كذلك وهو كحق التعويض عن الضرر الذي ينشأ في ذمة المسئول عنه ولا يتقرر في ذمته حتى يطلبه المضرور ويقبضه وقد لا يطالب المضرور بأي تعويض ولا يستطيع دائني المضرور أن يجبروا المضرور على استعمال هذا الحق الشخصي .

وهو كحق النفقة في ذمة الملتزم بها مرهون استحقاقها بطلب صاحب الحق فيها ، فإذا لم يفعل ويقبضها فهي لم تدخل ذمته ، ولم تخرج من ذمة الملتزم تقرّر فيها أو منها .
وهي كحق الوارث في التركة قبل وفاة المورث .

وجميع هذه التشبيهات والقياسات غير قابلة لاجراء الحجز عليها ، كمال محدد مفرز قبل تحقق وجودها وبخولها وعاء ذمة المستفيد ، وقبل ذلك هي في وعاء ذمة الملتزم بها غير مفرزة، وفي القياسات والتشبيهات فوارق دالما .

وخطاب الضمان شخصي بالنسبة للمستفيد وشخصي بالنسبة للبنك كذلك ، وغير قابل للتصرف فيه من المستفيد او الرجوع فيه من البنك بأى صورة من الصور وهو رخصة شخصية للمستفيد اكثر من كونه حقا له .. فالبك غير مدين به حتى فى مدة سريان اجله ، حتى يتم صرفه وبخوله ذمة المستفيد . أما قبل ذلك فليس هناك مال فى ذمة البنك للمستفيد للحجز عليه والحجز بعد قبض المستفيد سوف يكون حجزا مباشرا على المستفيد وذمته المالية وليس على مبلغ خطاب الضمان الذى فقد هويته واختلط بالاموال الاخرى فى ذمة المستفيد .

ب- المحجز من دائنى الأمر على المستفيد بعد القبض :

ينظر البعض الى مبلغ خطاب الضمان على انه بدلا من التأمين النقدي تحت يد المستفيد من مال الأمر وتأسيسا على هذا النظر يقولون بجواز الحجز تحت يد المستفيد .

وهذا القول تنقصه الدقة ذلك لأن :

(١) خطاب الضمان هو التزام مباشر من البنك للمستفيد وليس من مال الأمر وإنما من مال بالبنك .

(٢) قيمة خطاب الضمان تظل من مال البنك الى أن يقبضها فعلا المستفيد وتختلط بوعاء ذمته المالية .

(٣) قيمة خطاب الضمان ليست تأمينا نقديا تحت يد المستفيد وإنما هي مجرد حق للمستفيد قبل البنك شخصي ومباشر ولم يخرج من وعاء ذمة الأمر وإنما هو من مال البنك .

ج- حجز البنك ودائنيه على قيمة خطاب الضمان

لا نتصور مكنة حجز البنك تحت يده على قيمة خطاب الضمان لدين له على المستفيد ، لان

هذه القيمة تظل من مال البنك حتى يتم قبض المستفيد لها فعلا ويتدخل نمته المالية .. وهنا يكون حجز البنك على وعاء الذمة المالية للمستفيد وليس على قيمة خطاب الضمان الذى اختلط بها بعد قبضه لقيمة خطاب الضمان اما حجز دائنى البنك فلا معنى له اذا تم توجيهه الى قيمة خطاب الضمان المختلط بأموال البنك ، فاذا قبضه المستفيد فقد خرج من ذمة البنك فلا يجوز لدائنى البنك الحجز عليه .

د- حجز دائنى الأمر تحت يد البنك

لا يجوز الحجز من دائنى الأمر على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك ، لان هذه القيمة ليست من مال الأمر وإنما من مال البنك ، وبعد صرف المستفيد لهذه القيمة يكون الحجز تحت يد المستفيد على ما يكون للأمر على المستفيد وليست على قيمة خطاب الضمان بالذات فهى من مال المستفيد اصلا بعد قبضها .

ليس للبنك اى دفاع او دفع ضد المستفيد تخوله وقف صرف خطاب الضمان او اسقاط التزامه بالصرف ، فهو دين على البنك غير قابل للرجوع فيه سواء من البنك او من عميله المنقلعة صلته بخطاب الضمان ذاته والذى لا يخوله اى حق ضد المستفيد .

واذا اراد الأمر الرجوع على المستفيد لائ سبب فعليه ان يرجع تأسيسا على العقد الاصلى بينهما واذا اراد البنك الرجوع على المستفيد لائ سبب من الأسباب فعليه ان يرجع بمقتضى عقد الخدمة المصرفية بينهما ^(١) .

تراجع الاحكام الاتية في مصر وفرنسا

(١) ٢٣ / ١٢ / ٥٥ الجبيل ص ١١٥٦ و ١٠٢٦ استئناف القاهرة

(٢) ١٦ / ٦ / ٢٥ ، ٤٩ / ٧ / ٤٩ استئناف باريس

(٣) ٣٦ / ٧ / ٢٠ الادارية العليا المجموعة - القضية ٧٥

(٤) ٧٠ / ٢ / ١٤ ، ٧٠ / ٤ / ١٤ قنوى مجلس الدولة .

(٦) خطاب الضمان يجدد ولا يعدل ولا يمتد

إذا صدر خطاب الضمان ، وقيد فى دفاتر البنك وخرج صكه من حيازة البنك سواء وصل لعلم المستفيد او لم يصل - يصبح البنك ملتزما به طوال اجله ولا حق له فى الرجوع او اجراء اى تعديل عليه .

وايس لارادة المستفيد اى اعتبار فى صدور خطاب الضمان او صياغة شروطه فهو فقط مستفيدا لا حق له فى طلب تعديله بأى صورة من الصور .

خطاب الضمان صدر ليستمر كما هو حتى ينتهي بانتهاء اجله بصرفه أو تقدامه . وليس لارادة الأمر اى اعتبار فى صدور خطاب الضمان فهو صادر عن البنك وبارادته وحده فالأمر لا يتشئ خطاب الضمان ، ولا يقبل منه طلب تعديله بعد صدوره ، فهو لاعلاقة له به .

ويجب عدم الخلط بين طلب الأمر للخدمة المصرفية بإصدار خطاب الضمان وبين خطاب الضمان ذاته بعد صدوره فعلاقة الأمر بالبنك ينظمها عقد الخدمة المصرفية ، وفيه قد يتفق على صياغة خطاب الضمان وشروط اصداره وصياغته ، فإذا قبل البنك اصدار خطاب الضمان فهو يصدر عن ارادته وحده ، نون إشراك ارادة الأمر فى اصداره فليس اصدار خطاب الضمان قبولا لإيجاب تضمنه طلب الأمر والا خلطنا بين العلاقات الثلاثة المنفصلة تماما ،

كذلك ليس للعقد الاصلى بين المستفيد والأمر اى علاقة من اى نوع بخطاب الضمان الصادر من البنك مباشرة لمستفيد معين بالذات بمبلغ معين من المال لاجل معين . ويكون كذلك حتى لو نظم العقد الاصلى بين المستفيد والأمر بنصه خطاب الضمان ونصه ، ويكون ذلك كذلك ايضا حتى اذا اشار نص خطاب الضمان ذاته الى العقد الاصلى ، فهذا العقد ليس سببا لاصدار خطاب الضمان لانه مجرد عن السبب .

وليس ادل على ذلك من بقاء خطاب الضمان طوال اجله وحق المستفيد فى صرفه حتى اذا الغي العقد الاصلى ،

أما إذا كان نص خطاب الضمان ذاته ينتهي في هذه الحالة فإن الانتهاء يرد الى نص خطاب الضمان وليس الى واقعة انتهاء العقد الاصلى . فنص خطاب الضمان كآف بذاته وإذا انتهى العمل الأمر عقد الخدمة المصرفية رضاء او قضاء ، فلا اثر لذلك على خطاب الضمان الذى يبقى حق المستفيد قائما فى صرفه طبقا لشروطه طوال اجله .

وذلك تأسيسا على انفصال العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان .. واخذا فى الاعتبار للعرف الدولى فى بناء الثقة فى هذه الوسيلة شريان الحياة فى التجارة النواية.

وبناء على ذلك ، فلا البنك المصدر ولا العميل الامر ولا المستفيد ، قادرين مجتمعين او منفردين على الغاء او تعديل خطاب الضمان بعد صدوره طوال اجله فخطاب الضمان التزام بارادة البنك وحده بقوة القانون، فاذا كان البنك ذاته غير قادر على ذلك فان اجتماع إرادات لم تسهم فى خلق خطاب الضمان تبقى غير قادرة على تعديله او الغائه .

وإذا كانت ارادة البنك فى تعديل خطاب الضمان تساوى صفر سالب . فلكذلك ومن باب اولى ارادتي الأمر والمستفيد فان اجتماع هذه الاصغار السالبة تساوى صفر ايضا .

واتفاق الارادات الثلاثة قد يؤدى واقعييا الى سحب الحياة دون الروح ويبقى خطاب الضمان لا يلفظ روحه حتى ينتهى اجله ، فهو وان أصابه الشلل فنفضه قائم - ويعود الى الحياة إذا غير المستفيد رأيه ويقدم لصرفه فى أجله نأقصاً عن اتفاقه الخارج عن ورقة خطاب الضمان .

فخطاب الضمان غير قابل للإلغاء او التعديل ولكنه قابل للتجديد .

تجديد خطاب الضمان

ليس لخطاب الضمان تاريخ استحقاق محدد باليوم والساعة وإنما له اجل يمتد من يوم ولاداته باصدار البنك له وحتى انتهاء اجله الثابت فى ورقته باليوم والساعة.

وما يقال عنه فى لغة التعامل البنكى مدأ لخطاب الضمان ليس الا تجديدا له بذات شروطه

لأجل جديد أو بعبارة أخرى ينتهى خطاب الضمان الأول ليحل محله خطاب ضمان جديد
بِأجلٍ جديد ، فتعديل خطاب الضمان فى أى شرط من شروطه أو أركانها محذور على البنك
قطعا ، ومد الأجل تعديل لركن الأجل فى خطاب الضمان وهذا محذور ومرفوض .

وتجديد خطاب الضمان بمد أجله هو إصدار لخطاب ضمان جديد ويتم هذا التجديد كتابة
بورقة من البنك الى المستفيد يقول فيها عادة .

« نمد لكم خطاب الضمان رقم بمبلغ كذا الصادر بتاريخ كذا الى مدة اخرى تنتهى
فى كذا بكافة شروطه »

وهذا فى الواقع تجديد وليس تمديد ويلزم ان تستبدل كلمة نمد بكلمة نجدد والكلمة
السائدة فى اللغة الإنجليزية هى (Renew) وهذا النظر يساير طبيعة خطاب الضمان ،
وليس (Extend).

وطالب المستفيد تجديد خطاب الضمان واستجابة البنك ليس معناه اشتراك ارادة المستفيد
فى التجديد .

كذلك تصريح الأمر فى عقد الخدمة المصرفية للبنك بالتجديد ليس اشتراكا منه فى هذا
التجديد فليست ارادته هى التى جددت خطاب الضمان وإنما هى ارادة البنك جاءت موافقة
لرغبته . ونتناول فى موضع اخر تخويل البنك فى عقد الخدمة المصرفية الحق فى تجديد
خطاب الضمان وحكم ذلك فى القوانين المختلفة والممارسات فى البلاد المختلفة .

وجرت عادة البنوك فى إصدار خطابات الضمان المشروطة أن تثبت فى نصه استعدادها
(لمده) تجديده لمدة أخرى وقد يكون ذلك مفيدا ولزما للمستفيد لانتاحة فرصة أوسع له لاعداد
المستندات المرهون الصرف بها . وبعض الاحيان ينص خطاب الضمان على حق المستفيد فى
طلب التجديد (المدة) وتكرر ذلك الطلب الى ان يتحقق الشرط الموقوف لصرفه والمنتهى له ، على
الا يكون ذلك الحق للمستفيد مطلقا او مؤبدا .

وفي كل هذه الصورة يبقى خطاب الضمان وتجديده خارجا عن ارادة المستفيد فارادته لاتصدره ولا تصوغه او تجده ، وإنما ارادة البنك فقط والبنك هو الذى خول المستفيد حق ابداء الرغبة في التجديد فى ورقة خطاب الضمان اذن فارادة البنك وحدها هى التى تقرر تجديده عند اللزوم اي ان خطاب الضمان فى هذه الصورة له اجل محدد واجل آخر فى تاريخه صدوره يمكن تجديده كآن يقال :

« ينتهى هذا الضمان فى تاريخ كذا ونجده لكم الى يتم الوفاء أو إذا طلبتم ذلك »

وإلا قدّم المستفيد شهادة عدم التنفيذ اللازمة للصرف وصرف خطاب الضمان وهذا عبء اكبر من التجديد على العميل .

ويمعني آخر يكون أجل الضمان مفتوح ، وهو لا يمد لانه اصلا في هذه الصورة يرد الي اجله البعيد وما تجديده هنا الا تأكيده .

وقد اسلفنا ان خطاب الضمان البنكى الذى يصدر دون ان ينص فيه على أجل يتقادم بعد عشر سنوات او خمسة عشر سنة او بانتهاذ العلاقة الاصلية طبقا لقانون كل بلد^(١).

حبس وتجميد قيمة خطاب

الضمان البنكى

ان تجميد صرف أو حبس خطاب الضمان ، غير مقبول من المستفيد لان ذلك مخالف لطبيعة ومفهوم خطاب الضمان ، هذا علاوة الى ان القيمة مملوكة للبنك حتى تاريخ قبض المستفيد لها ولا يستطيع تجميد جزء من مال البنك فاذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان دون استعداد منه لقبضه كآن يقول نطلب حبس القيمة وتجميدها لديكم فهناك ثلاث احتمالات لرد البنك :

« تراجع فتوى مجلس الدولة فى ١٠ / ١٩٦٢ ولجنة »

« اتحاد البنوك فى ١٦ / ٣ / ١٩٥٣ .. »

١- أن يرفض البنك هذا الطلب الفاض بالصرف ويعتبره كأن لم يكن دون أى اثر ودون إعتباره مطالبة .

٢- أن يعتبر البنك هذا الطلب الشاذ طلب صرف ويصرفه ويودعه في حساب لديه باسم المستفيد ويترتب على ذلك :

أ- استحقاق البنك للغطاء وتسوية علاقته بالامر .

ب- تسوية علاقة البنك بالبنك الاجنبى اذا كان هناك ضمان مقابل.

٣- يعتبر البنك هذا الطلب تجديد فيمد اجله اذا كان مخولا ذلك وفى حدود سلطانه او بعد مراجعة العميل .

ويحسن ان يخطر البنك المستفيد بقراره حتى لا يفوت عليه طلب الصرف صراحة اذا كان له محلا وكان اجل الخطاب قائما والاحتمال الاول هو التصرف البنكى السليم المتفق مع العرف البنكى فى خطابات الضمان .

تغيير طرفى خطاب الضمان

إن خطاب الضمان البنكى يصدره البنك والمستفيد ليس طرفا فيه ولا يستطيع البنك تغيير المستفيد واحلال مستفيد اخر محله ، سواء أكان ذلك بأرادته وحده او بالاتفاق مع الأمر او مع المستفيد او ثلاثتهم .

فالمستفيد حقه شخصى غير قابل للتنازل أو احلال آخر محله وسند خطاب الضمان غير قابل للتظهير .

والأمر غريب عن خطاب الضمان فهو التزام مباشر من البنك للمستفيد وعلي ذلك فخطاب الضمان البنكى محصن من التعديل بهذه الصورة سواء من البنك مصدره او من العلاقات الثلاثة المحيطة به مجتمعه او منفردة ، وذلك هو اساس فاعلية خطاب الضمان ، كوسيلة

الضمان فى المعاملات البنكية الدولية للثقة فيه .

وإذا كان المستفيد شخص معنوى إنقضى وجوده يبقى خطاب الضمان البنكى حيا بلا ربح حتى ينتهى اجله ويكون صرفه مستحيلا لان انقضاء الشخص المعنوى كوفاة الشخص الطبيعى، والموتى لا يصرفون .

اما اذا اندمج شخص معنوى فى شخص معنوى آخر يحل الشخص المعنوى الجديد محل الشخص المستفيد المندمج فيه وليس فى ذلك تغييرا لشخص المستفيد او تحويلا لخطاب الضمان البنكى الى مستفيد جديد فهذا وذاك مستحيل حصوله لان خطاب الضمان البنكى صادر لشخص مستفيد معين بالذات وإنما تاسيسا على ان الشخص المعنوى المستفيد مازال قائما ومستمر فى مكونات الشخص المعنوى الجديد كالستنيك الذى هو المفسس بالذات ، كذلك الشخص المعنوى القديم المستفيد هو بذاته الشخص المعنوى الجديد الذى اندمج فيه ، فشخص المستفيد مازال قائما فى عباءة الشخص الذى اندمج فيه .

ويلاحظ أنه فى حالة الاندماج او الحلول يزاوّل الشخص الطبيعى او المعنوى الجديد المطالبة بقيمة خطاب الضمان فى اجله باسم المستفيد الاصلى باعتباره قائما وليس باسم الشخص الجديد طبيعى او معنوى وهذا معناه ان الشخص الجديد إنما يباشر فقط حق المستفيد الاصلى فى الصرف باسم المستفيد الاصلى وسواء كنا بصدد ادماج او افلاس ، فالمستفيد الاصلى هو الذى يتقدم للصرف من خلال وكيل قانونى مخول صرف خطاب الضمان نيابة عنه ، وهو يعبر عن ارادة المستفيد الاصلى القائم اعتبارا - وهكذا نرى ان تغيير المستفيد غير ممكن فى جميع الاحوال والبنك كذلك لاحق له ان يسحب خطاب الضمان أو ان يحل محله خطاب ضمان آخر .

ويكون خطاب الضمان البنكى مستحيلا فيه تغيير طرفيه ، البنك او المستفيد .

هل يمكن تغيير طرفى خطاب الضمان البنكى او احدهما بقانون

القانون قادر على كل شئ ولكن يلزم ان يكون التشريع عاما ، يقرر مبادئ وقواعد عامة يجرى تطبيقها على حالات متماثلة ونادراً ما يصدر قانون لحالة معينة بالذات وربما تدخلت التشريعات فى بلاد مختلفة فى تغيير طرفى خطاب الضمان او احدهما ، نضرب لذلك مثلاً فى مصر بقوانين التأمين الصادرة فى الستينيات ومنها القانون ١١٧ لسنة ٦١ و ١١٨ لسنة ٦١ والقانون ٥٤٢ لسنة ٧ وقرار وزارة الخزانة ١٨٦ لسنة ١٩٦٠ و ٥٤٢ لسنة ٥٧ وكذلك ادارة التشريع فى وزارة الاقتصاد فى ٦٢/٣/١٨ وفتوى رئاسة الجمهورية فى ٦١/١٢/٢٢ .

وأشارت بعض هذه القوانين والقرارات والفتاوى على اعتبار البنوك المؤممة قائمة بذات شخصيتها المعنوية السابقة ، وعليها كافة التزاماتها ولها كافة حقوقها مستقلة عن الدولة مضمونة منها فى الوفاء بالتزاماتها فلم يكن هناك اى تغيير فى التزامات البنوك بخطابات الضمان الصادرة عنها وإستمرت البنوك المؤممة فى الالتزام بدفع خطابات الضمان الصادرة عنها حتى انتهاء اجلها كما استمرت فى اصدار خطابات الضمان النولية على ذات القواعد المتبعة قبل التأمين .

اما الشركات المؤممة فقد اعتبر اصحابها وخلفهم الخاص مسئولين عن ديون الدائنين فى كل اموالهم ان عجزت هذه الشركات عن الوفاء بالتزاماتها وأعفى القانون هذه الشركات بعد ان اصبحت حكومية مملوكة للدولة من تقديم خطابات ضمان فى معاملاتها المحلية دون ان يطبق ذلك على الحالات السابقة .. وذلك فيما يتعلق بخطابات الضمان الابتدائية فى المناقصات والمزايدات ، ولا يشمل ذلك المعاملات الاخرى ولم تمس هذه القوانين معاملات الشركات الخاصة او العامة فى التجارة النولية .

خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة

يستوى فى التكيف والتأصيل القانونى وفى سريان قواعد العرف البنكى الدولى ، خطاب الضمان غير المشروط النظيف والمستحق بمجرد الاطلاع مع خطاب الضمان المشروط ، وكلاهما قد يكون معززا غير قابل للرجوع فيه .

وخطاب الضمان البنكى غير مشروط وهو الأكثر خطورة والأكثر اهمية والأكثر فاعلية فى التجارة الدولية ، لذلك يعنيه دائما الشراح عند الحديث عن خطاب الضمان البنكى حتى لقد ذهب البعض الى اعتباره وحده هو خطاب الضمان البنكى ذو الطبيعة الخاصة .

وهذه نظرية بعيدة عن الواقع والجارى عليه العمل فعلا فى التجارة الدولية .

فخطاب الضمان البنكى المشروط لا يقل اهمية عن خطاب الضمان البنكى غير المشروط وهو واسع الانتشار فى التجارة الدولية وعقود المناقصات والانشاءات والتكبيات والتوريدات وغيرها .

ويعبر عن خطاب الضمان البنكى غير المشروط بمسميات مختلفة ، خطاب الضمان النظيف او خطاب الضمان المستحق عند الطلب او بمجرد الاطلاع او بغير ذلك من التعبيرات التى تُبرز ان المستفيد فيه من حقه صرفه دون اى اعتراض من البنك او اى شخص آخر بمجرد ان يتقدم طالبا الصرف وقبض المبلغ الوارد به فى الميعاد المضروب فيه الا انه يلزم ان يعطى المستفيد للبنك ايضا لا يقبض المبلغ.

وخطاب الضمان البنكى سواء اكان مشروطا او غير مشروط مستقل عن العلاقات المحيطة به ويلزم ان يكون صكه او السند المثبت له كاف بذاته مصدرة قيمته ومذكور اجله بوضوح .. وليس معنى الاشارة فيه إلى العقد الاصلى الذى صدر بمناسبته اى ربط بينهما فلا يمس ذلك استقلاليته وطبيعته القانونية وتجرده عن السبب .

وخطاب الضمان غير المشروط يكون غير معلق بالصرف الا على اعلان المستفيد رغبته فى صرفه وعادة يتضمن صكه البيانات الآتية :

١- إسم المشروع أو الهدف من الضمان

٢- قيمة خطاب الضمان أى مبلغه

٣- تاريخ إنتهائه محددًا باليوم والساعة.

٤- رقمه فى دفاتر البنك المصدر

٥- توقيعات البنك وبيانات أخرى.

وفى بعض الحالات يجري تخفيض قيمة خطاب الضمان طبقا لمسيرة العمل وذلك بتجديده دوريا وفقا لما يتم من اعمال وقد أسلفنا الحديث عن ذلك وكذلك تحدثنا عن احوال تغيير قيمته بالزيادة أو النقصان عن طريق التجديد ، والمهم ان يكون واضحا فى جميع الاحوال على ما اوضحناه تفصيلا من ان ذلك تجديد اى اصدار خطاب ضمان جديد و ليس تعديلا لخطاب الضمان الاول الذى ينتهى فى أجله المضروب ويحل محله خطاب الضمان المُجدد. ويلزم التحوط فى صياغة مثل هذا الضمان وتوخى ان يكون النص واضحا ان الضمان غير المشروط مستحق عند الاطلاع فى حدود مبلغ محدد وفى بحر مدة معينة كأن يقول البنك مثلا:

« ندفع لكم بمجرد الاطلاع مبلغ كذا وبون اى معارضة إذا تمت مطالبتكم »

« بالمبلغ حتى تاريخ كذا وهذه القيمة تخفض شهريا اعتبارا من تاريخه أو »

« كل ثلاثة اشهر بنسبة كذا الى ان ينتهى اجل الضمان ما لم يصرف قبل »

« ذلك كله او بعضه . »

هذه الصياغة تغنى عن سحب خطاب الضمان الاول واجلال اخر محله ، ونكون فى الواقع بصدد اكثر من خطاب ضمان غير مشروط بتعدد الاجال وتعدد المبالغ فى كل خطاب بصياغة واحدة وورقة واحدة .

وخطاب الضمان البنكى التنظيف من حق المستفيد صرفه كاملا فى اجله وبون اعتراض من

البنك أو أى شخص آخر ولكن له أيضا ان يصرفه جزئيا ، وذلك الصرف الجزئى ينهى التزام البنك قبله بالنسبة لكامل خطاب الضمان .

خطاب الضمان المشروط

خلافًا لما يذهب اليه بعض الشراح ، نرى أنه يجوز ان يكون خطاب الضمان البنكى مشروطا حتى لا نحد من مجالات استعماله فى التجارة النولية ، فهو ليس دائما تأمينا لدفعة مقدمة او لضمان الجدية فى عطاء وإنما وظيفته اصلا تغطية كافة مخاطر التجارة النولية ، واشترط ان يكون دائما غير مشروط فيه إهدارً لوظيفته الاصلية .

هذا علاوة على ان الشرط هنا شرط استحقيق الصرف وليس شرط انعقاد الضمان ولا تثريب ان يربط بمسيرة التزام الامر الذى لا يستطيع التدخل فى الصرف ، فالمستفيد هو وحده واثما صاحب القرار فيه هذا علاوة على ان خطاب الضمان غير قابل للتداول .

والشرط لا يفسد استقلاليته عن العلاقات المحيطة به ولا يفسد استقلال علاقة البنك بالمستفيد ، ولا تجرده عن السبب وتلك هى السمات الجوهرية لخطاب الضمان البنكى .

وإذا كان الضمان النقدي يمكن تعليق مصادره على إخلال المضمون بالتزامه فلماذا لا يكون الامر كذلك .. فى خطاب الضمان طالما ان ذلك لن يؤثر على طبيعته الخاصة .

ومن جهة اخرى فليس هناك فى الواقع خطاب ضمان غير مشروط ، فخطاب الضمان التنظيف المستحق الصرف عند الطلب يلتزم فيه المستفيد :

١- ان يتقدم بطلب الصرف كتابة وهذا شرط .

٢- ان يوقع إيصال باستلام المبلغ ، وهذا شرط آخر .

٣- واجل خطاب الضمان هو شرط فيه .

وفى خطاب الضمان النظيف وكذلك فى الإعتماد المستندى بالضمان ، قد يلزم ان يقدم المستفيد عند الصرف سند باسم الأمر بالبلغ الذى صرفه ، ولا يخلو أبداً صرف خطاب الضمان البنكى مشروطا كان او غير مشروط من اجراء لازم لصرفه هو فى الواقع شرط للصرف .

وهكذا فقيام الشرط لا يؤثر على طبيعة خطاب الضمان البنكى ويظل مستقلا عن العلاقات المحيطة به ، مجردا عن السبب سنده كاف بذاته ، ويلزم ان ينص فيه على موضوع الشرط وشكله والسند المطلوب لاثباته والجهة المخولة ذلك بل قد ينص فى خطاب الضمان على صياغة السند اللازم للصرف ويبقى البنك دائما بعيدا عن العلاقات الاصلية لا يقحمه عليها الشرط الذى يهم البنك هو الشكل الظاهر للورقة اللازمة للصرف وجهة اصدارها كما هى واردة فى نص خطاب الضمان ، والبنك يراقب ظاهر سند الصرف فقط ، وقد يأخذ قول المستفيد فى ذلك حجة الا فى حالات النقص الفاضح او التزوير الظاهر او علم البنك بأن المستفيد متورط فى صرف غير مشروع وفى ذلك تفصيل .

وليس الشرط تعليقاً لالتزام البنك بالصرف فى خطاب الضمان المشروط فهو يصرف ، بالرغم من معارضة العميل الا اذا أوقف القضاء صرفه شأنه فى ذلك شأن الضمان غير المشروط .

فاذا كان الشرط هو تخلف الأمر عن تنفيذ التزامه فيلزم النص فى سند خطاب الضمان عن المستندات الواجب على المستفيد تقديمها لاثبات ذلك ، صياغتها ، وجهة اصدارها ، ويجب الا تكون معلقة على إرادة الأمر موضحا شكلها والتوقيعات اللازمة لاصدارها ومن حق البنك ان يأخذ قول المستفيد واقراره دليلا على صحة الورقة التى تقدم بها تنفيذاً للشرطه عند طلب الصرف .

وغالبا ما يكون المطلوب تقديم شهادة من جهة ثالثة محايدة تؤكد تحقق الشرط إيجابا أو سلبا وحق المستفيد فى صرف قيمة خطاب الضمان وحتى إذا كانت هذه الشهادة كاذبة

موضوعيا دون علم البنك ، فلا تثريب عليه فى صرف قيمة الضمان ويكون للأمر أن يرجع على المستفيد طبقا لعقدتهما وكثيرا ما يكون الشرط تقديم شهادة من الجمارك أو شركة مراجعة أو بيت هندسى تؤكد ورود البضاعة بحالة جيدة وطبقا للمواصفات ، وذلك فى ضمانات الاستيراد ، وعلى البنك فقط التأكد من صحة نسبة هذه الشهادة الى الجهة المخولة لها إصدارها فى خطاب الضمان وبالصياغة الواردة به وليس أكثر من ذلك .

وقد ينص فى ورقة خطاب الضمان بأن صرفه مشروط بحدوث واقعة قانونية أو مادية معينة كقيام القوة القاهرة أو الظروف الطارئة التى منعت الأمر من تنفيذ التزامه المذكور ، وكان الأمر هو الذى يتحمل تبعه ذلك والتعويض عنه فى عقده مع المستفيد ، أو كان خطاب الضمان يغطى دفعة مقدمة قبضها الأمر والشهادة المثبتة للواقعة يلزم أن يكون منصوص عليها فى سند خطاب الضمان محدد الشكل التى تصدر به والجهة المصدره وقد يكفى فى ذلك إقرار من المستفيد أو تقديم شهادة بأن البضاعة لم ترد فى التاريخ المعين المنصوص عنه فى الضمان ولم تدخل من الميناء .

والشروط المتعلقة بمواصفات البضاعة تقدم فى شأتها شهادة من جهة معينة منصوص عنها فى خطاب الضمان. وسلطات موانئ الشحن فى خام البترول مثلا تشهد بأن الحمولة الواردة بها نسبة بنزين كذا ونسبة كبريت كذا .. ونسبة تافته .. كذا الخ .

وإذا كان شرط الالتزام بنقل بضاعة على مراكب بمواصفات خاصة لشركة معينة قد ينص خطاب الضمان على تقديم شهادة من لويديز بأن المركب المنقول عليها البضاعة ثلاجة أو تنكر وطول غاطسها ولها شهادة صلاحية حتى تاريخ كذا ، وحمولتها كذا ، أو بها عناصر تهوية تحت خط المياه أو فوقه .

وفى حالة الشهادات اللازمة لضمان ورود البضاعة صالحة للغرض الذى اشتراها المستفيد من أجله سواء أكانت مواد أولية أو آلات أو بضاعة للإستهلاك الأدمى (أطعمة غير فاسدة) فإن الشهادة من الجهة المنصوص عليها فى خطاب الضمان والمحدد جهة إصدارها

يلزم أن تغطي صياغتها ما هو مطلوب في خطاب الضمان .

ويصعب تتبع الحالات المختلفة التي يصدر فيها خطاب ضمان بنكي وأنواعها والشروط التي يدور الصرف معها وجودا وعدما ، وإثباتا أو نفيًا ، لتصرف قانوني أو واقعة قانونية أو مادية .

ليس من واجب البنك التثبت موضوعيا عند الصرف من صحة الورقة والمطلوب منه مراقبة شكل الورقة ظاهريا والتأكد من صدورها ممن خول له إصدارها في خطاب الضمان والبنك يأخذ باقرار المستفيد في هذا الخصوص بشرط ألا يكون متورط مع المستفيد في غش أو تزوير أو يعلم أن المستفيد متورط في ذلك أو أن يكون الغش مَقْصُوحٌ وظاهر لا يستطيع البنك أن يتجاهل وجوده وكذلك التزوير .

أما أن يكون المستفيد متعسفا في الصرف أو أساء استعمال حقه في ذلك فلا شأن للبنك بذلك ولا مسئولية عليه إن صرف وعلى الأمر أن يرجع على المستفيد طبقا لعقدتهما وهذا هو السائد في القضاء الانجليزي والذي لا يوافق حتى على وقف التنفيذ للتعسف في الصرف أو أساءة استعمال الحق فيه .

وليس كذلك في المدرسة الشمولية اللاتينية بدرجات مختلفة .

ولا يمكن تعليق صرف خطاب الضمان على إرادة العميل كما اسلفناه مرار ولكن بعض شركات التمويل والضمان في أمريكا وسواها ، وكذلك بعض البنوك الصغيرة تستغل فنية صياغة خطاب الضمان وجهل المستفيد بها ووصفه في عبارات تؤدي إلى إهداره ليس فقط بوصفه خطاب ضمان بل قد لا يكون التزاما من أي نوع من أنواع الضمانات على الإطلاق كئن يشترط صرفه بتقديم ورقة من الأمر يصرح للمستفيد فيها بالصرف وكثيرا ما تكون صياغة الشرط اللازم للصرف والمفسد لخطاب الضمان، نو الطبيعة الخاصة ، واضحة يسهل التعرف عليها كئن يقال :

« يشترط عدم التقدم بصرف هذا الضمان قبل اول يناير مثلا وفي »

« ذات الوقت يكون اجل الضمان ينتهى فى نوفمبر السابق »

أو يقال :

« ادفع لكم مبلغ كذا فى تاريخ كذا اذا ما وافقتا على ذلك أو اذا »

« وافق عملنا على ذلك.»

هناك صورا من هذا التحايل أذكى من ذلك ، ولكن هذه الصور الواضحة ليست دائما كذا لك بالنسبة للمستفيد .

والبنك المتحايل أو شركة الضمان والتمويل مسئولة عن هذا الغش والتلاعب اذا رجع المستفيد ذو الغفلة بالتعويض عليها مع الأمر ، مع مراعاة ان القانون لا يحمى المغفلين . وكذلك يجب ائمن يلجأ المستفيد لمشورة قانونية متخصصة ومُتمرسَة .

ويمكن كما ذكرنا مرار تعليق الصرف على إرادة المستفيد ، بل هو اصلا كذلك .

ولكل بنك صياغة خاصة بالضمان الذى يصدر عنه يتوخى فيها مصلحته ومصلحة عميله، كما ان هناك الصياغات الموحدة من المنظمات الدوالية والاقليمية وليس معنى ذلك ان خطاب الضمان البنكى له صياغة ذات قوالب معينة بل ان صياغته خاضعة لما قد يطلبه المستفيد او يراه الأمر بعد نصيحة البنك له . ويحرص البنك ان يكون خطاب الضمان الصادر عنه واضح الدلالة على انه مجرد التزام بدفع مبلغ معين فى بحر مدة معينة وليس اكثر من ذلك دون توقف على رضا الأمر ، وفى علاقة مباشرة بالمستفيد ، وخطاب الضمان البنكى هدفه الاساسى تأمين المستفيد وليس حماية العميل. ويجب الانتباه الى القانون الذى يحكم خطاب الضمان فى انعقاده وسريانه ، وكذلك الاختصاص القضائى ومذاهبه وهناك قول سائد : -

إذا كنت مستفيدا فحكم القانون الإنجليزي والقضاء الإنجليزي. وإذا كنت أمرا فحكم القانون اللاتيني والقضاء اللاتيني . مع ملاحظة اختلاف البلاد من بلد لآخر ففرنسا تختلف عن سويسرا عن ألمانيا بعض الخلاف في ذلك .

والصياغات الموحدة المقترحة من المنظمات الدولية والإقليمية قد تكون ملجأ آمينا للمستفيد من التلاعب في الصياغة من بعض البنوك الصغيرة أو بعض مؤسسات الضمان والتمويل ، ويجب على الأمر أن يفهم أن خطاب الضمان عملا بالغ الخطورة يجب دراسته بعناية مع البنك ومحاميه المتفرس دوليا .. وهو لا يمكنه أن يلزم البنك إذا صرف أو يدعى أن البنك لا يراعى مصلحته فخطاب الضمان شرع لمصلحة المستفيد أساسا .

وصياغة نص خطاب الضمان النظيف أو المشروط ليس عملا بسيطا يتعاطاه رجال الاعمال مهما كانت خلفياتهم التجارية ، فعالمه زاخر بمشاكل الصرف غير الواجب على ما توضحه القضايا .

خطاب الضمان المقابل

الصورة الاولى

قد يصدر الضمان من البنك الاجنبي مباشرة للمستفيد المحلى ، ويمثل البنك الاجنبي وكيلًا أو مراسلا غالبا ما يكون بنكا محليا ، تقتصر مأموريته على مجرد تبليغ المستفيد بخطاب الضمان الصادر له من البنك الخارجى ، وتسليمه صكه والمراسلات الأخرى التى يريد البنك الاجنبي تبليغا للمستفيد او العكس .

مركز المستفيد فى هذه الصورة :

فى هذه الحالة يتحمل المستفيد مخاطر جهله بالقوانين المعمول بها فى بلد البنك الاجنبي الملتمزم بالضمان والتى تحكم خطاب الضمان الصادر له مباشرة من البنك الاجنبي اذا كان هو القانون الواجب التطبيق عند قيام النزاع .

ومن ناحية أخرى يواجه المستفيد صعوبات الاتصال بالبنك الأجنبي ، زمانا ومكانا هذا علاوة على لغة التخاطب ومن ناحية ثالثة يواجه المستفيد مشاكل الاختصاص القضائي في أي نزاع يقوم بينه وبين البنك الأمر .

وأخيرا صعوبات الصرف والسعى إليه في بلد أجنبي ومشاكل تحويل العملة وفروقات سعر الصرف التي قد تخل بالتوازن في العلاقات التجارية هذا علاوة على الفوائد بأشوائها وتحويل العملة إن كان لها محلا في العلاقة والضرائب التي قد تفرضها قوانين البلد الأجنبي عند صرف قيمة الضمان خصما منه كإيطاليا مثلا .

مركز الأمر في هذه الصورة :

هو يرغب في هذه الصورة لاثباتها تنبئ له أن يكون هو المهيمن على الموضوع وذلك عكس ما يستهدفه المستفيد .

الصورة الثانية

يطلب المستفيد غالبا ، خطاب ضمان بنكي معزز من بنك محلي ، وفي هذه الصورة يكون البنك الأجنبي والبنك المحلي كلاهما مسئول قبل المستفيد وفي مكنته أن يرجع على أحدهما أو كلاهما عند الصرف في أجل خطاب الضمان .

وفي هذه الصورة يعزز البنك المحلي للمستفيد التزامه بصرف قيمة خطاب الضمان في بحر أجله بذات الشروط والصياغة التي صدرَ بها للمستفيد من البنك الأجنبي ف ضمان البنك المحلي يتم وفقا لتعليمات البنك الأجنبي أو طبقا لنماذجها هو في عبارات وصياغة الضمان ، أو بصياغة خاصة يكون قد أُنْتُق مع الأمر عليها .

والبنك المحلي في هذه الحالة لا يكون مجرد مراسل أو وكيل وإنما هو ملتزم بالضمان

شأنه شأن البنك الاجنبى ، ويقطى البنك الاجنبى البنك المحلى فى هذه الصورة بأن يصدر له خطاب ضمان مقابل يكون من حقه صرفه اذا ما أوفى هو للمستفيد او ان يطالبه بالوفاء له بالقيمة عند طلب المستفيد منه أو كان رجوع المستفيد عليهما معا وتكون علاقة البنكين محكومة بخطاب الضمان الصادر منهما معا للمستفيد او المعزز من البنك المحلى او بخطاب الضمان المقابل ، وكذلك بأى اتفاق آخر منظم علاقتهما عامة او بخصوص عملية بذات ، كاتفاقات مجموعة البنوك عند اصدار خطابات ضمان كبيرة القيمة تخرج من طاقة بنك واحد

الصورة الثالثة

وفى هذه الصورة لا يكون هناك اى علاقة بين المستفيد والبنك الاجنبى ، الذى يطلب من البنك المحلى مراسله ان يصدر مباشرة للمستفيد خطاب ضمان بالصياغة التى يحددها البنك الاجنبى وذلك مقابل خطاب ضمان منه للبنك المحلى وتكون علاقة البنكين محكومة بهذا الضمان المقابل بينهما .

وقد تختلف صياغة الضمان الصادرة للمستفيد من البنك المحلى عن تلك المبلغة من البنك الاجنبى والواجب اصدارها منه أو تبليغها بمعرفته للمستفيد .. ويكون هذا الاختلاف طفيفا وليس جوهريا والا لزم على البنك المحلى مراجعة البنك الاجنبى صاحب الحق فى تحديد صياغة الضمان ، وهذا الاختلاف انما يكون للتوفيق بين قوانين بلدى البنكين ومن اليسير الاتفاق بين البنوك فى هذا المجال وذلك لاستقرار عرف وقواعد خطاب الضمان البنكى فى الممارسات الدولية ، لذلك يأخذ البنك المحلى المُصنِّعُ لخطاب الضمان المقابل محليا سلطة واسعة وحرية كاملة من البنك الاجنبى مع تأكيد حتمية صرفه لخطاب الضمان المقابل من البنك الاجنبى اذا اضطر الى الصرف للمستفيد المحلى .

ولكن ليس معنى ذلك إطلاق يد البنك المحلى بلا حدود فالعرف البنكى وشرف المعاملة والأمانة البنكية ومركز البنك نوليا ، هى مناهض وسياس المعاملات البنكية فى التجارة الدولية.

وعادة يترك البنك الاجنبى للبنك المحلى الحرية فى أسلوب اصدار الاخير لخطاب الضمان المحلى على ورقه ، وطبقا لنماجه ويطلب تزويده بصورة من الضمان الصادر للمستفيد المحلى وربما تتسع الفرصة للبنك الاجنبى لمراجعة نص الضمان المحلى قبل تسليمه للمستفيد .

وقد يعتبره البنك المحلى غريبا عن العلاقة بينه وبين المستفيد ويعتبر خطاب الضمان الصادر منه عملية داخلية ، وتتحدد علاقة البنكين بعقدتهما معا او طبقا لشروط خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى للبنك المحلى ، حتى لا يقحم كل بنك نفسه على القواعد والقوانين واللوائح والتعليمات المعمول بها فى بلديهما خاصة فى التفصيلات والبنوك المحلية التى تصدر خطاب ضمان مقابل مستفيد محلى بناء عن خطاب ضمان صادر لها من بنك اجنبى او بناء عن اتفاق بينهما ، تحرص على أن تأخذ سلطات واسعة فى عقدها او فى خطاب الضمان الصادر فيمنص فيه على تخويلها ان تدفع للمستفيد عند مطالبته في الميعاد دون مراجعة البنك الاجنبى اذا ما صرف المستفيد خطاب الضمان الصادر منها له تحت اى ظرف ، وقد يفوض البنك الاجنبى للبنك المحلى فى التجديد (المد) عند اللزوم دون الرجوع للبنك الاجنبى ، وكذلك قد يتم الاتفاق عن مصاريف وعمولات البنكين وتنظيمها .

العلاقات الاربعة فى خطاب الضمان المقابل

والضمان المقابل يفرز العلاقات الآتية :

- ١- علاقة البنك الأمر الاجنبى بالبنك المحلى .
 - ٢- علاقة البنك الأمر الاجنبى بالمستفيد المحلى .
 - ٣- علاقة البنك الأمر الاجنبى بعميله فى الخارج .
 - ٤- علاقة البنك المحلى بالعمل الأمر الاجنبى غير المقيم .
- والعلاقة الاخيرة الرابعة تكون عندما يطلب اجنبى مقيم فى الخارج مباشرة من البنك المحلى اصدار خطاب ضمان لمستفيد محلى ، وهذه العلاقة ينظمها طلب الأمر الاجنبى غير

المقيم مع البنك المحلي ولكنها لا تقوم غالبا لصعوبتها الا من خلال بنك آخر ذلك لاختلاف القوانين التي قد تحدد اصدار خطاب الضمان لأجنبي غير مقيم او تطلب تغطية بالكامل او تضع عقوبات أخرى .

وبالنسبة لهذه العلاقات تتنازع القوانين التي تحكمها وتتبع قواعد الاحالة اذا توافر النص عليها وتطبق كل بلد قوانينها في هذا الخصوص فالمحاكم الإنجليزية تأخذ بقاعدة : -

القانون المناسب للعقد والاكثر التصاقا به ويعتبر هو القانون الانجليزي في القضايا المعروضة على المحاكم الانجليزية الا اذا اعترض احد الاطراف على ذلك ، وهو قانون البلد الذي يتم الوفاء فيه ، او هو قانون بلد الوكيل الا اذا كان متققا على غير ذلك .

وأما بالنسبة للمستفيد والبنك المحلي فهما غالبا من بلد واحد .

وفي سويسرا تكيف علاقة البنك الاجنبي ومراسله في الخارج على اساس أنها عقد وكالة . حق المستفيد يكون قبل البنك المحلي وليس البنك الامر الأصلي في سويسرا ، وهذا اذا لم يكن البنك في سويسرا التزم مباشرة في مواجهة المستفيد وقواعد الوكالة تلزم البنك السويسري بتعويض البنك الاجنبي اذا ما دفع قيمة خطاب الضمان مع المصاريف والعمولات وغالبا ما يتم ذلك بوسيلة الضمان المقابل ولا يسأل البنك السويسري عن تصرفات البنك الاجنبي والضمان الصادر منه للمستفيد المحلي وذلك تأسيسا على أنه (اى البنك السويسري) غريبا عن هذه العلاقات بالرغم من انه هو الذي أمر بها ونفذت بناء على تعليماته ، وهو المسئول في مواجهة الامر له عن حسن اختياره للبنك المراسل الوكيل في الخارج ، وكذلك هو مسئول عن تعليماته اليه .

وتكلفة اصدار الضمان المقابل تقع على عاتق الامر سواء تلك المستحقة للبنك الاجنبي او لمراسلة وكيل البنك المحلي الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك .

وفى الصورة التى يتحمل الأمر فيها مصاريف وعمولات البنكين يكون الضمان المباشر من البنك الاجنبى للمستفيد فى الخارج اقل نفقة .

النظام الالكترونى فى تسجيل وتبليغ

خطاب الضمان

تقدم شركة روسكى (S. Roksy) احد مؤسسات بنك مانهاتن التى تقوم بتسجيل وتداول سندات الشحن منظمه S.W.E.F.T.

Society For Worldwide Meterbank Finance Telecommunication

لحوالى خمسين دولة خدمات تبليغ وتسجيل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية بكافة تفاصيلها بين البنوك المختلفة فالبنك الاجنبى يتلقى تعليمات عميله على النموذج المعد اذالك فاذا وافق على اصدار خطاب الضمان البنكى على اساسها أرسلها من خلال (سويفت) الى البنك المراسل المحلى اذا كان مشتركا فى هذا النظام موضحا البنك الأمر للبنك المحلى ما اذا كان الاخير سوف يكون مجرد مراسل ويكيل عن البنك المحلى مهمته تسليم خطاب الضمان المرسل اليه للمستفيد ، أو انه سوف يعزز للمستفيد خطاب الضمان الصادر من البنك الاجنبى او انه سوف يصدر خطاب ضمان محلى للمستفيد فى علاقة مستقلة مقابل خطاب ضمان للبنك المحلى ، من البنك الاجنبى .

ويسجل خطاب الضمان فى النظام الخدمة الالكترونية الذى يسمح ايضا باعطاء معلومات عن حسابات العملاء وحركتها إيداعا وسحبا مع مراعاة السرية وهذا النظام اقل مشاكل من تبليغ خطابات الضمان بالتلكس او الفاكس .

ولكن القانون الانجليزى ، وكذلك قوانين بعض البلاد الاخرى تقضى بضرورة ان يكون

صك الضمان صادر عن البنك كتابة على ورقة وموقع منه ، وارساله بالتلكس او الفاكس يقتضى دائما تعزيزه كتابة ، واسلوب التبليغ الالكتروني من خلال سويفت (S.W.I.F.T) يقتضى ذلك ايضا .

١- ففى حالة صدور ضمان مباشر من البنك للمستفيد سوف يقوم البنك المحلى بتبليغ المستفيد بالضمان وارسال سندا مكتوبا على ورقة طبقا للتعليمات المبلغة له من البنك الاجنبى موضحا انه يعمل وكيعلا عن البنك الاجنبى مسئولاً عن قيام الضمان فى ذمة البنك الاجنبى وحينما يصله صك خطاب الضمان من البنك الاجنبى مكتوبا يسلمه للمستفيد .

٢- وفى حالة التزام البنك المحلى مع البنك الاجنبى قبل المستفيد يوضع ذلك فى خطاب الضمان الصادر عنه للمستفيد ويلتزم فيه نيابة عن نفسه وعن وكيله البنك الاجنبى .

٣- اما اذا كان البنك المحلى ، سوف يلتزم وحده للمستفيد بخطاب الضمان فسوف يرسل له خطاب ضمان منه مقابل خطاب ضمان له اى البنك من البنك الاجنبى فى علاقتين منفصلتين .

وبالنسبة لعلاقة البنكين فالثقة متبادلة ولكن يلزم التعزيز الكتابى إعمالا للقانون الذى يستلزم ذلك للاثبات. - الا ان تنفيذ البنك المحلى لتعليمات البنك الاجنبى تُحمّل البنك الاجنبى مسئولية تعويض البنك المحلى اذا أُضطرَّ البنك المحلى للصرف دون استلام تعزيزاً مكتوباً لخطاب الضمان من البنك الاجنبى .

وذلك ليس فقط اعمالا للعرف الدولى للبنوك وإنما للقانون ايضا ، فالقانون الانجليزى لا يقبل تنصل وإنكار الشخص مسئوليته عما يصدر عنه ويقول الفقهاء .

« ان من يسعى الى نقض ما تم على يديه يُردُّ اليه »

هذا علاوة على أن التشريع العام المقرر منذ سنة ١٦٧٧ في إنجلترا والذي مازال متواترا يقضى بتعويض من نهج أو سلك في معاملاته وسائل متفق عليها وسائدة في معاملات النشاط الذي زالوه .

وفي الدول اللاتينية نكون بصدد نشاط بنكي يحكمه المرف الدولي . - والتسجيل والتبليغ الالكتروني أصبح سائدا بين الدول ويجوز في المسائل التجارية والبنكية غالبا إثبات العلاقات التجارية بكافة طرق الاثبات .

ويلزم دائما ان يعزى البنك الأمر للبنك المحلى خطاب الضمان المقابل كتابة وعلى الاخير ان يطلب ذلك حتى ولو كان التبليغ الاول بصورة فاكس فالمطلوب ورقة موقعة .



إنهاء خطاب الضمان البنكي
وضمان الضمان - والاختصاص
والقانون الواجب التطبيق

الفصل الثالث

إنهاء خطاب الضمان - وضمان الضمان - والاختصاص والقانون الواجب التطبيق

إنهاء خطاب الضمان عموماً

يسرى مفعول خطاب الضمان البنكي حتى التاريخ المحدد في نصه أو في تجديده ويحسن أن يحدد بالساعة واليوم والشهر ، والبنوك في ذلك مناهج مختلفة :

١ - بعض البنوك تقبل المطالبة التي تتم في أجل خطاب الضمان وإن وصلت إلى علم البنك بعد هذا الأجل وتعطى مهلة للمستفيد من ١٥ إلى ٣٠ يوم للصرف .

٢ - خطاب الضمان المباشر بين البنك والمستفيد ينتهي بانتهاء أجله إذا لم يكن مرتبطاً بضمان مقابل أما إذا كان كذلك فلا ينهي البنك حتى ينتهي الضمان المقابل .. ذلك إن بعض البلاد مثل تركيا لا تعترف بانتهاء خطاب الضمان بانتهاء أجله بل تريطه بالعقد الأصلي ، وبعض البلاد لا تنهي خطاب الضمان حتى يسلم للبنك سندده وقد تختلف الإجراءات في البلدين ويلزم تلازم انتهاء الضمانين زماناً مع الأخذ في الاعتبار القانون الواجب التطبيق وحرص البنوك على استمرار حسن العلاقة بينهما .

٣ - تسليم صك أو ورقة خطاب الضمان ليس شرطاً لازماً لانتهائه ، ولكن يلزم الانتباه إلى قوانين البلاد المختلفة في هذا الخصوص خاصة في حالة وجود ضمان مقابل أو التزام على البنك المراسل .

٤ - يحسن أن تحتفظ البنوك بسجل للبلاد التي ينتهي فيها خطاب الضمان بانتهاء أجله ، وآخر يتلك البلاد التي تربط انتهائه بانتهاء العقد الاصلى او تشتترط تسليم سنده حتى يكون ذلك موضع اعتبارها عند اصدار الضمان وصياغته وكذلك للتأشير بانتهائه فى دفاتر البنك .

وفى هذه الظروف قد يعلق البنك انهاء خطاب الضمان لمدة ثلاث أشهر حتى يسوى البنك المحلى موقفه مع العميل ، ويخطر البنك الاجنبى مراسله المحلى خلال اسبوع من إنتهاء أجل الضمان لديه بذلك ويحسن ان يتضمن نص خطاب الضمان إشارة واضحة الى أنه ينتهى بانتهاء أجله حتى ولو احتفظ المستفيد بالصك ويعتبر كأن لم يكن، الا إذا كانت قوانين احد البلدين لا تقيم اعتباراً لذلك النص .

٥ - مخاطرة البنك فى اصدار خطاب الضمان يجب ان تكون محسوبة بدقة من كافة الوجوه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية والقضائية وأخذ كل هذا وخلافه ذلك فى الاعتبار عند اصدار البنك لخطاب الضمان .

هذا علاوة على ضرورة مراعاة الغطاء وظروف التسهيلات والابقاء عليهما حتى انتهاء الضمان الاصلى والمقابل والتزامات البنكين فيهما حتى لا يتعرض كلاهما او أحدهما لخسارة قد تكون فائصة .

٦ - ويلزم ان يحدد الأمر بدقة بيانات طلب إصدار الضمان وقيمه وشروطه ان وجدت حتى لا تجرد امواله وتسهيلات فى تغطية الضمان لمدة قد تطول .

هذه الصعوبات توضع أهمية انتهاء الاجل المقرر لسريان خطاب الضمان فى ورقته ، كما هو مستقر عايه العمل فى العُرف الدولى لهذا النظام وتَعَارُضُ ذلك فى بعض البلاد مع قوانينها ويصحب الانتهاء الفعلى فى تاريخ لاحق، الأمر الذى يلزم ان تضعه البنوك فى إعتبارها وكذلك الأمر عند اصدار خطاب الضمان البنكى .

ولذلك قد يلزم النص في ورقة خطاب الضمان الصادر عن البنك ، بان انتهاء هذا الضمان في التاريخ المذكور حتّى ويعتبر الضمان كأن لم يكن حتى اذا إحتفظ المستفيد بسنده كما اسلفنا .

ويلزم النص على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد كذا والإختصاص معقود اتفاقا لجهة كذا تحكيما او قضاء وقد يلزم النص في سند خطاب الضمان على مكان صدوره ومكان تنفيذه لتحديد القانون الذى يحكمه والمحاكم المختصة به .

وتجديد خطاب الضمان والابقاء عليه ساريا ليس مريحا للبنك او للأمر الذى تتراكم عليه العملات والمصاريف علوة على حبس الغطاء فاذا كان البنك مُفَوَّضًا من الأمر فى التجديد فطليه ان يحدّ بقدر الامكان من ذلك متوخيا مصلحة عميله فهناك مخاطر على البنك اذا ما استعمل هذه الرخصة فى التجديد عشوائيا فقد يجد نفسه متورطا فى العملية التجارية أو تعويض الأمر ومن مصلحة البنك دائما ان يتَّوَحَّى ألا يكون خطاب الضمان الصادر عنه خاضعا لقوانين البلاد التى لا تعترف بانتهائه عند نهاية أجله أو تربطه بالعقد الاصلى فيبقى قائما لأجل طويلة حتى يتقادم .

وبعض البلاد تبعت خطاب الضمان المشروط الذى إنتهى بانتهاء مدته وتقدّم المستفيد بالمستندات اللازمة للصرف بعد الأجل فيلزم التحوط لذلك .

(١) إنتهاء خطاب الضمان البنكى بانتهاء اجله دون صرف

اوضحنا ذلك فيما سبق ، وينتهي خطاب الضمان اساس بانتهاء الاجل المنصوص عنه فيه دون ان يتقدم المستفيد لصرفه ، ولا يلزم لذلك تقديم ورقة خطاب الضمان أو سندّه ويقوم البنك بشطبّه من دفاتره وتسوية علاقاته بعميله فى شأنه مع ملاحظة ما اسلفناه .

(٢) إنتهاء خطاب الضمان البنكى بصرف المستفيد له

اذا تقدم المستفيد لصرف خطاب الضمان كليا او جزئيا وذلك فى أجله وصرفه فعلا فان

ذلك ينهى خطاب الضمان، والصرف الجزئي لخطاب الضمان منهى له ويحسن أن تكون عبارة خطاب الضمان تسمح بذلك كأن يقال (ندفع لكم فى حدود مبلغ اقضاء كذا) حتى لا يقال أن الصرف الجزئي فيه تعديل لقيمة خطاب الضمان وإن كان ذلك ليس كذلك لأن اسقاط صاحب الحق جزءا من حقه وإبراء البنك منه ليس تعديلا فى خطاب الضمان ، وقد سبق أن اوضحنا ان خطاب الضمان قد يكون متناقص القيمة طبقا لمسيرة التنفيذ ، وقد يكون متزايد القيمة فى حالة خصم نسبة المستحقات الواجب صرفها لضمان التشغيل بعد انتهاء المشروع مقابل خطاب ضمان متزايد القيمة ، فمبلغ خطاب الضمان الذى يتم صرفه بطلب المستفيد قد يكون متحركا بين حدين أوله حد أعلى ولا يعد ذلك ابدا تعديلا لخطاب الضمان ، ونعود لنؤكد أن العبارة دائما بصياغة نص خطاب الضمان .

(٣) انتهاء خطاب الضمان بالمقاصة

يصعب تصور مكنة انتهاء خطاب الضمان بالمقاصة فى جميع صورها

فبين البنك والمستفيد :

لا يمكن تصور وقوع مقاصة لان قيمة الضمان مملوكة للبنك الى ان يتم صرفها للمستفيد ولا تدخل قيمته وعاء ذمة المستفيد المالية قبل القبض ، اما طلب الصرف فلا يخرج القيمة من ذمة البنك فاذا دخل المبلغ ذمة المستفيد فى حساب له فى البنك فان المقاصة فى هذه الصورة لا تكون على مبلغ الضمان بالذات الذى فقد هويته واختلط بمال المستفيد وعاء ذمته المالية.

وأما القول بأن المقاصة تحدث فى ساعة الوفاء من البنك بقيمة الضمان ، أى ان يعد البنك يده بالقيمة للمستفيد ثم يردّها الى نفسه مقاصة لدين له عليه فهو قول غير مقبول لاستحالة التوافق الزمنى ، ثم ان المقاصة تجرى بين نمطين ماليّتين ويتحتم ان يدخل مبلغ الضمان ذمة المستفيد فاذا داخلها اختلط بماله واصبحت المقاصة ليست على مبلغ الضمان بالذات وعلى ذلك لا ينتهى خطاب الضمان بالمقاصة .

(٤) انتهاء خطاب الضمان بإحاد الذمة

إذا إحدت ذمة الأمر بذمة المستفيد انتهى خطاب الضمان ليس لأن هناك مقاصة وإنما لأننا أصبحنا في مواجهة وعاء ذمة مالية واحدة يدخل قيمة خطاب الضمان فيها ضمن عناصرها ، وعاء الذمة المالية هو الفرق بين عنصرها السالب والموجب ، وكما أن الشخص لا يضمن نفسه ماليا فهو كذلك لا انتقاص عناصر ذمته سلبا وإيجابا وإنما تتعادل لتفيض أو تنقص .

(٥) انتهاء خطاب بالإبراء

وذلك أيضا لا يمكن تصوره فالمستفيد لا يملك قيمة خطاب الضمان ، حتى يصرفه فعلا ويقبضه ، أما قبل ذلك فهو من مال البنك ، وقبول المستفيد له أو رفضه عند انعقاده لا يؤثر في قيامه أصلا فإذا جاء المستفيد وأخطر البنك في أجل الضمان انه يبرؤه منه فهذا لا أثر له على قيام خطاب الضمان حتى ينتهي بانتهاء أجله ، وذلك ليس أكثر من رفضه له الذي لا يؤثر في قيامه اما اذا قبضه فليس هذا إبراء بل هو وفاء والامتناع عن صرف خطاب الضمان من المستفيد هو أيضا ليس إبراء وينتهي خطاب الضمان بانتهاء الاجل وليس بالامتناع عن صرفه من المستفيد . ويلزم منتهى الدقة وعدم خلط الأوراق والمفاهيم في خطاب الضمان ليبقى له فاعليه في التجارة الدولية طبقا لمفهومه المستقر دوليا وطبيعته الخاصة واستقلاله عن العلاقات المحيطة به .

(٦) انتهاء خطاب الضمان بالتقادم أو السقوط

اشرنا الى مكانه سقوط خطاب الضمان بمضى المدة طبقا للقانون في حالات صوره بلا أجل أو إعتباره قانون البلد قائما حتي يتم تسليم سنده أو ربطه بالعقد الاصلى ومدة التقادم او السقوط تختلف باختلاف قوانين البلاد المختلفة التي لا تنهى خطاب الضمان بانتهاء أجله وغالبا ما تكون المدة هي مدة سقوط غير قابلة للإنقطاع والتجديد وليست مدة تقادم قابلة لذلك.

(٧) انتهاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ

إستحالة تنفيذ الالتزام الأصلي المضمون لاعلاقة له بخطاب الضمان الصادر بمناسبته
خالعلاقتين منفصلتين ومستقلتين:

وتعليق صرف خطاب الضمان على شرط مستحيل الحدوث منذ انعقاده أو أصبح كذلك
بعد قيامه ربما نقول انه خلق معدوما في يوم صدوره فلسنا اذن بصدد خطاب ضمان نقول
انه منتهى باستحالة التنفيذ ،أصبح أن نقول أن خطاب الضمان لم تتم ولادته أو أنه ولد ميتا ،
أما إذا أصبح الشرط الملحق عليه صرفه مستحيل التحقيق بعد قيامه فيظل قائما حكما حتى
بلا روح فيه الى أن ينتهى أجله .

وقد ورقة خطاب الضمان من المستفيد لا يترتب عليها استحالة صرفه اذا تقدم المستفيد
للصرف في الميعاد ويؤخذ البنك كافة ما يلزم في مثل هذه الحالة لالغاء أى أثر لوجود السند
المفقود طالما أنه على يقين أنه يصرف للمستفيد صاحب الحق الوحيد في الصرف فخطاب
الضمان غير قابل للتداول أو التظهير ولا يغير في ذلك ان يكون البنك قد حاز ورقة خطاب
الضمان المفقودة سواء أكانت حيازته مشروعة أو غير مشروعة . فطالما أن المستفيد تقدم في
أجل خطاب الضمان طالبا صرفه طبقا لشروطه فالبنك ملزم بذلك .

ومن يجد خطاب الضمان المفقود أو يحوزه فلن يستطيع صرفه لانه شخصى غير قابل
للتنازل أو التداول أو التحويل أو الرهن .

وعلى ذلك فخطاب الضمان لا ينتهى بالمقاصة ولا بإعطاء النمة ولا بالإبراء ولا
باستحالة التنفيذ اللاحقة على صدوره .

ولكنه ينتهى بانتهاء أجله دون صرف مع مراعاة احكام قوانين بعض البلاد في هذا
الخصوص وهي قلة وينتهى بصرفه في أجله سواء أكان الصرف كلياً أو جزئياً وينتهى
كذلك بالتقادم أو السقوط .

وإذا انتهى خطاب الضمان يقوم البنك بالغائه في دفاتره ويترتب على ذلك ارتفاع السقف المسموح للبنك في حدوده إصدار خطابات الضمان ، كما يقوم البنك بإخطار رقابة النقد اذا كان ذلك مقرر عليه قانونا .

وبالنسبة للعميل يسوى البنك حساباته معه سواء بالنسبة للعمليات او المصاريف أو الغطاء أو فروق سعر الصرف التي يتحملها العميل، اذا لم يتم الاتفاق على غير ذلك، وكذلك بالنسبة للضرائب في بعض البلاد (إيطاليا) مثلا تفرض ضريبة على المستفيد عند صرف خطاب الضمان ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك .

ويأخذ البنك عند الصرف للمستفيد مخالصة مكتوبة بقيمة ما قبضه ويضمنها النص على انتهاء خطاب الضمان وقد أصدر اتحاد البنوك التجارية قرار بتاريخ ١٨ / ٢ / ٥٨ يدعو فيه البنوك برد خطابات الضمان المقابلة للبنوك الاجنبية حتى اذا لم يحصل البنك المحلى على صك ضمانه هو من المستفيد .

وتحترم البنوك ذلك خاصة إذا اخذ البنك المحلى مخالصة من المستفيد أو إقرار بأنه فقد خطاب الضمان وإنه منتهى وغير قائم ويلزم أن تلاحظ البنوك فى ذلك معاملتها مع البلاد التى لا تعترف بانتهاء خطاب الضمان بانقضاء أجله وتربطه بالعقد الاصلى او بضرورة تقديم سند.

ضمان الضمان

إن ضمانات البنوك أيضا يجرى ضمانها ومن صور ذلك أن يشترك أكثر من بنك فى إصدار خطاب ضمان بقيمة كبيرة وقد يصدر مباشرة منهم جميعا للمستفيد او للمستفيدين وقد يكون كل بنك مسئولاً عن كامل قيمة خطاب الضمان فى مواجهة المستفيد الذى يرجع على أحدهما فيسقط حقه اذا استوفاه قبل الآخرين او يباشر مطالبة باقى البنوك بقدر ما لم يصرفه من البنك الاول .

وقد يكون كل بنك مسئول عن قدر معين من قيمة خطاب الضمان سواء اكان خطاب ضمان واحد او اصدر كل بنك خطاب ضمان بالقيمة التى التزم بها للمستفيد الواحد أو للمستفيدين. وقد يكون هناك (Leading Bank) أى البنك المتصدى يكون وحده صاحب العلاقة المباشرة بالمستفيد .

وفى جميع الاحوال يتم الاتفاق مع مجموعة البنوك ..(The Consortium of Banks) على تقسيم مخاطر خطاب أو خطابات الضمان بينها . ومن ضمانات البنوك عند اصدار خطاب الضمان البنكى قيمة الغطاء النقدي أو الشخصى أو العينى فليس الغطاء فى الواقع الا ضمان للضمان .

واسلفنا اننا نرى ان علاقة الأمر بالبنك هى عقد خدمة مصرفية .

ومن قبيل ضمان الضمان خطابات اعلان النوايا التى تصدرها الشركات القابضة لتظاهر به احدى شركاتها فى مواجهة البنك تقول فيه انها تعلم وتوافق على اصدار خطاب ضمان بنكي للشركة الشقيقة وتتعهد فيه بِمَدُّ الشركة المضمونه بالاموال للوفاء بالتزامها الاصلى المضمون او بدفع قيمة خطاب الضمان عند اللزوم . وربما اُضيفت انها سوف تتابع تنفيذ الالتزام الاصلى وتباشر تنفيذه بنفسها عند اللزوم والعبرة فى مدى التزام الشركة الام بصياغة اعلان النوايا وعباراته .

وخطابات إعلان النوايا سائدة فى العلاقات النوايا خاصة فى الولايات المتحدة ، وتشترط المحاكم لأعمال مقتضاها فى حدود الالتزامات المقرر فيها على الشركة الام ان تكون صادرة عن مجلس ادارة الشركة الام موقعة ممن له حق التوقيع واضح من الصياغة نية الشركة فى الالتزام بما التزمت به الشركة الشقيقة عند تخلف هذه عن القيام بالتزامها فى رد قيمة خطاب الضمان اذا صرفه المستفيد .

واعلان النوايا فى فرنسا هو وعد ملزم لمصدره بشرط ان يكون مخولا قانونا اصداره

ويعتبر خطاب اعلان النوايا في المانيا ، ضمانا من الشركة القابضة للشركة الامرء للبنك المصدر.

ويلزم قانون الشركات الألماني الصادر سنة ١٩٨٥ الشركات بتقييم خطابات اعلان النوايا بقيمة مالية وادراجها في الميزانية .

وتسود في إنجلترا قاعدة أساسية باعتبار كافة الاتفاقات التجارية ملزما أصلا إلا اذا ظهر غير ذلك ، فإذا كان خطاب اعلان النوايا صريحا واضحا فهو ضمان من الشركة الأم وينظر القاضي الى الصياغة وعباراتها ومفهومها ونية الطرفين في مدى الالتزام بما ورد في خطاب اعلان النوايا .

ومن قبيل ضمان الضمان أيضا ضمانات الحكومة للهيئات او شركات القطاع العام او الخاص بمسئوليتها عن وفاء هذه الجهات بالتزاماتها قبل البنك عند صرف خطاب الضمان والتزامها للبنك برد قيمته . وتقدم الحكومة ضماناتها من خلال مؤسسات التأمين مثل كوفاس C.O.V.A.S. في فرنسا وتعوض هذه المؤسسات البنوك وتغطي خسائرها عند اصدار خطاب الضمان وتشتترط ان يكون ضمان البنك قد صدر طبقا للشروط والقواعد المنصوص عليها في قانون الهيئة وأخصها ان تكون المخاطر التي يغطيها خطاب الضمان البنكي لتأمين وتسهيل الصادرات وفقا للقواعد المرسومة في قانون انشاء هذه المؤسسات وقد يلزم عند صرف البنك لقيمة خطاب الضمان من هذه المؤسسات الحصول على حكم محكمة او حُكْم تحكيم لصالح البنك من الشركة الامرء التي ضمنتها المؤسسة ، وهذه المؤسسات تضمن ضمانات البنوك وتغطي مخاطر التصدير في المطالبات الخاطئة او الخسائر في الحدود المرسومة في قانون إنشائها .

ووكالة (ايكود E.C.O.D) في إنجلترا تدرس قبل الصرف ما اذا كان المشتري مؤمن على التزاماته من عدمه وخطأ المصدر الأمر في ظروف منحه لخطاب الضمان البنكي وتدرس صياغة خطاب الضمان وهل هي مقبولة او غير مقبولة.

وركالة (كوفاس C.O.V.A.S.) فى فرنسا تغطى اصلا الطرف المؤمن المُصنِّر او المستورد بنسبة قد تصل الى ١٠٠٪ من خسائره فى التنفيذ اذا كان الخطأ لا يرجع اليه ، ففى لا تغطى البنوك مباشرة عن مخاطر صرف خطاب الضمان ولكن تشمل تغطيتها خطابات الضمان .

والقانون المناسب هو الأكثر التصاقا بالعقد الاصلى ويكون هو القانون الإنجليزى فى حالة خطاب الضمان اذا كانت انجلترا هى بلد الوفاء بقيمته أى بلد التنفيذ ويكون القانون المناسب هو بلد البنك الأمر فى خطاب الضمان المقابل لان البنك المحلى يغطى نفسه من البنك الأمر الاجنبى وغالبا ما يكون خطاب الضمان فى المعاملات الدولية تتنازع على حكمه قوانين مختلفة ولذلك يحسن ان ينص فى نصه على القانون الذى يحكمه والا فليسوف يتولى القاضى ذلك.

وضمن الضمان تقوم احيانا شركات التأمين وتعوض البنوك عند الصرف لخطابات الضمان إذا كان مؤمنا لديها على ذلك - وينشط فى هذا الحقل (اللويدز Lloyds) فى بريطانيا والمجموعة الدولية الامريكية وشركات تأمين وضمن الدينون فى انحاء العالم .

القانون الواجب التطبيق والاختصاص

القضايا فى المنازعات حول خطاب الضمان البنكى

غنى عن البيان ان قوانين كل بلد والقواعد السائدة فيها تحكم هذين الموضوعين ، وسوف نتناول ذلك عند دراسة خطاب الضمان فى كل بلد من البلاد ولكن قد يحسن ان نضع المفاهيم العامة السائدة التى تطبق فى هذا الخصوص غالبا ، خاصة ، ودراستنا لخطاب الضمان ومسيرته وتطبيقه والمنازعات التى تقوم بشأنه فى البلاد المختلفة ، لن تغطى جميع بلاد العالم.

القانون الواجب التطبيق

تطبق كل بلد نصوص تشريعاتها والقواعد السائدة فيها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليها ، ولا تخرج عن ذلك منازعات خطابات الضمان .

فالمحاكم الانجليزية مثلاً تطبق قاعدة تقول « بوجوب إعمال القانون المناسب وتأسيساً على ذلك قد يطبق القاضي قانوناً آخر غير القانون الانجليزي »

أسلفنا أن القانون الواجب التطبيق - هو القانون الذي تحدده قواعد الاحاله في قانون البلد المنظور فيها النزاع ويلاحظ أن إتفاقية بروكسل E.B.C- في الاختصاص وتنفيذ الاحكام المدنية والتجارية في المادتين ١/٥ ، ٣/٥ .

Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments on Civil and Commercial matters.

هذه الاتفاقية - تلزم البلاد الموقعه عليها بأن يكون القانون الواجب التطبيق والاختصاص طبقاً لما نصت عليه في المواد ٥ فقرة ١ و ٥ فقرة ٣ والمادة ٢٤ التي تسمح للمحكمة أن تطبق القانون المحلى في الاحاله لتحديد القانون الواجب التطبيق.

وفى أغلب القضايا المرفوع بها دعوى على البنك من الأمر أو المستفيد - أو البنك المراسل - تطبق فيها قانون البنك الأمر الاصلى أو قانون بلد الوفاء بقيمة الضمان إلا إذا قبل البنك الأجنبى أو المستفيد الاجنبى قبول تطبيق قانون البلد المرفوع اليها النزاع. ولا يخرج عن هذه القاعدة الا بنك رومانيا للتجارة الخارجية.

وفى الضمانات المباشرة - يكون قانون البنك المصدر هو الواجب التطبيق - فإذا كان المستفيد المحلى لا يرغب فى ذلك، يطلب ضمانا من بنك محلى معززا يكون فيه البنك المحلى مصدرا للضمان وليس مجرد مراسل.

وفى بلاد الشرق الأوسط وجنوب أفريقيا، - القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون البنك المصدر.

ولا تقدم أى مشكلة فى تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان الأمر - والبنك المصدر من بلد واحد وكذلك المستفيد فهو قانون بلدهم - حتى ولو كان المستفيد أجنبى.

وإذا طلب الأمر أو البنك وقف تنفيذ صرف خطاب الضمان - فغالباً - ما يوجه هذا الطلب أيضاً إلى المستفيد الأجنبى - ويطلب تطبيق قانون بلده على أساس أن تعليمات اصدار الضمان انما صدرت من بلد المستفيد الاجنبى - وهذا ما نصت عليه المادة ٦ من اتفاقية E.E.C.

وفى حكم للمحكمة العليا بالمانيا صدر فى ١٦/١٠/٨٤ ومنشور فى كتاب Bertrams طبعه سنة ١٩٩٠ والناشر Kluwer.

كان موضوع القضية هو استرداد قيمة خطاب ضمان صرفه مستفيد بلجيكي عن طريق الغش والتحايل - ورفعت القضية فى المانيا بلد البنك المصدر لخطاب الضمان - وقضت المحكمة الالمانية بتطبيق القانون الالمانى وذلك تأسيساً على سببين : -
١ - لأن الضسارة تمت فى المانيا للبنك الالمانى.

٢ - لأن وقائع وماديات الغش والتحايل لصرف خطاب الضمان وقعت فى المانيا أيضاً.
وتأخذ بذلك المانيا - وفرنسا - وبيريطانيا تأسيساً على قوانين الاحاله فى هذه البلاد، سواء فى ذلك كان النزاع منظور أمام المحاكم أو أمام تحكيم.
وفى الضمان المقابل إذا اتفق البنك المصدر مع البنك الأجنبى على اصدار ضمان مقابل - غالباً ما يتم الاتفاق بينهما على أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك الاجنبى - وقد ينص على ذلك فى سند الضمان المقابل.

ولكن المحاكم لا تلتفت الى ذلك لأن هذا الاتفاق بين البنكين لا يلزم الأمر المحلى الذى

تحكم علاقته عقد الخدمة بالبنك - ولا يلزم المستفيد، لأن ورقة الضمان هي التي تنظم العلاقة بينه وبين البنك الأصلي المصدر.

وقاعدة تطبيق قانون البنك المُصدر لا تسرى في المملكة العربية السعودية التي تحكمها تعليماتها وقانونها على ما توضحه في الفصل الرابع.

الإختصاص القضائي

نظمت قواعد E.E.C. موضوع الاختصاص أيضاً ومرة أخرى يخضع الاختصاص القضائي لأحكام قوانين البلاد المختلفة المرفوع إليها النزاع والقضاء الانجليزي لا يُثير موضوع الاختصاص في النزاع المعروض عليه اذا سكّت الطرفان عن إثارته وإعتبارهما قد ارتضيا المحاكم الانجليزية فاذا أثير الموضوع ، فالقضاء الإنجليزي يقضى باختصاصه :

- ١- اذا كان خطاب الضمان صادراً في إنجلترا أو من خلال وكيل مقيم فيها .
- ٢- اذا كانت إنجلترا محل تنفيذ خطاب الضمان .
- ٣- اذا قام النزاع والمدعى عليه مقيم في إنجلترا .
- ٤- وفي خطابات الضمان المقابلة اذا كان للبنك مراسل أو وكيل يحكم الاختصاص قوانين الوكالة في علاقة البنكين الا اذا إتفقا على غير ذلك .
- ٥- إذا كان محل اقامة المدعي عليه اصلاً في إنجلترا .
- ٦- اذا كان العقد الاصلي تم في إنجلترا أو جارٍ تنفيذه فيها .
- ٧- اذا قبل المدعي عليه اختصاص القضاء الانجليزي .

التحكم في خطاب الضمان

نادراً ما ينص في خطاب الضمان ذاته على شرط التحكم ولكن قد يتفق على التحكم في العقد الاصلي بين الأمر والمستفيد ، وهذا يؤثر على خطاب الضمان عند رجوع احدهما على

الآخر طبقا لعقدهما بخصوص خطاب الضمان ، وهكذا يمتد التحكيم الى خطاب الضمان من باب خلفى .

والأسس التى يحدد على أساسها الْمُحَكَّمُونَ القانون الواجب التطبيق هى ذات القواعد المطبقة فى المحاكم - إلا إذا قبل اطراف التحكم قانونا مُعَيَّنًا أو كان التحكيم محكوما بالقواعد الموحده I.C.C. أو سواها .

ولكن الاجراءات المستعجلة بوقف صرف خطاب الضمان مؤقتا حتى يتم الفصل فى النزاع تظل من اختصاص القضاء وربما تصدى لها التحكيم.

وقد يتم الاتفاق على التحكم بنص فى العقد الاصلى أو بمشارطة بين الأمر والمستفيد يحدد فيها الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والهيئة الموكول اليها الفصل فى النزاع .



خطاب الضمان البنكي
في مصر
وبعض البلاد الإسلامية

الفصل الرابع

خطاب الضمان البنكي في بعض البلاد الإسلامية

في مصر

لم ينظم القانون المصري خطاب الضمان البنكي وفي مشروع تعديل القانون التجارى ،
نُظم خطاب الضمان فى المواد من ٢٠٠ الى ٢٠٥ وفقا لما استقر عليه مفهومها فى العرف
الدولى .

ويحكم خطاب الضمان البنكى فى مصر العرف البنكى الدولى واحكام القضاء واجتهاد
الفقهاء ولان القانون المصرى من المدرسة اللاتينة ، التى تأخذ بالنظرية الشمولية والتقنين
فانهم كثيرا ما يريدون خطاب الضمان البنكى الى الكفالة تأسيسا على أنه فرع منها ، كفالة
مصرفية ، ذات سمات خاصة تستقل فيها العلاقات المحيطة به عن بعضها .

اصبح مقرا اعتبار خطاب الضمان البنكى تصرف قانونى مجرد عن السبب مطهر من
الدفع شخصى مباشر بين البنك والمستفيد طوال اجله .

وعدم وجود تشريع ينظم خطاب الضمان البنكى فى مصر لم يمنع من ورود ذكره فى
بعض القوانين واللوائح خاصة بالنسبة لخطابات الضمان البنكية فى النشاط الداخلى الخارج
عن دراستنا .

وقد عرف مشروع القانون التجارى المصرى خطاب الضمان فى المادة ٢٠٦ بأنه .

” تعهد بصدر من المصرف بناء عن طلب شخص يسمى الأمر بدفع “

” مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك “

وهذا التعريف وإن اتفق الى حد بعيد مع العرف الدولي لمفهوم خطاب الضمان البنكي ، خاصة في استقلاله عن العلاقات المحيطة به والتي افترضته الا انه ليس جامعاً مانعاً ..

فهو لم ينص على ان طلب المستفيد يلزم ان يكون في أجل خطاب الضمان كذلك لم يشر الى أنه شخصي لمستفيد معين ولم يذكر أنه مجرد عن السبب ومُطهر من الدفع ولم ترد في هذا التعريف إشارة الى انه نظام قانوني مستقل بذاته نشأ من العرف البنكي الدولي ويرد اليه وإن أُلغى من مصادر القانون الا اننا بالنسبة لخطاب الضمان البنكي نساير فيه أُلغى الدولي ونأخذ عنه وليس أُلغى المحلي .

وقد اشير الى خطاب الضمان البنكي في لائحة المناقصات والمزايدات الحكومية الصادرة بناء على القانون ٢٤٦ لسنة ١٩٥٤ والقانون ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ في المواد ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ والتي هي أصلاً تتحدث عن اعفاء الشركات العامة من تقديم خطابات الضمانات في المناقصات والمزايدات الحكومية.

اما بالنسبة للمعاملات الدولية فانه طبقاً لمفهوم فتوى ادارة الفتوى والتشريع لوزارة الخزانة رقم ٤٦٨ في ١١/٧/٦٦ يلزم في النشاط الدولي تقديم خطابات الضمان في المناقصات والمزايدات الحكومية.

اما نشاط القطاع الخاص فخطاب الضمان البنكي معمول به في النشاط الدولي والمحلي وأشير إلى خطاب الضمان البنكي في قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ٣٦ في المادتين (٦٤ و ٦٣ م) وذلك بالنسبة لضمان سداد الرسوم اذا لم يتم إعاده البضاعة الترانزيت . كما تنص المادتين ٩٨ من ذات القانون على تقديم خطاب الضمان بنكي لضمان تحصيل الضرائب والرسوم على بضائع التشغيل . وتنص المادة ٧٠ على تقديم خطاب ضمان لتحصيل رسوم

التخزين عن البضائع المودعة فى مخازن الميناء الى ان يتم التخليص عليها او إعادة تصديرها
وذكرته المادة ٢٥ من القانون ١٦١ / ١٩٥٧ - الصادر بخصوص اللائحة العامة للبرصات .

وهذه النصوص المتفرقة لا تمثل تنظيماً لخطاب الضمان فى التجارة الدولية وإنما التنظيم
الأولى ورد فى لوائح البنوك وتعليمات البنك المركزى واحكام القضاء وتطورها .

فى لوائح البنوك وتعليمات البنك المركزى

فى بنك مصر

خطاب الضمان فى مصر هو من اعمال البنوك لذلك نظمته لوائحها الداخلية المجازة من
البنك المركزى ، فى بنك مصر تحدث عن خطاب الضمان البنكى فى الجزء الثانى من الباب الاول
فى التعليمات الصادرة عنه لموظفيه ويقول فى تعريف خطاب الضمان :

” خطاب الضمان عبارة عن محرر تصدره البنوك بناء على طلب أحد العملاء يضمن
البنك بموجبه هذا العميل أو أى شخص آخر يعينه فى طلبه قبل جهة معينة المستفيد
فى مبلغ معين تذكر قيمته بالخطاب وذلك تأميناً. وضماناً لغرض معين ومحدد فى صلب
الخطاب ويتعهد البنك بموجب خطاب الضمان الصادر منه ان يدفع للجهة المستفيد عند
اول طلب ودون أى معارضة من جانبه او أى جانب آخر مبلغاً لايتجاوز قيمة خطاب
الضمان بدون فوائد وفى موعد لا يتعدى انتهاء سريانه ..“

وهذا التعريف هو افضل كثيراً من تعريف مشروع القانون التجارى ، ويتفق تماماً فى كل
ما اوردته مع ما هو جارى عليه العمل دولياً. حسم فيه مشكلة الفوائد التى تثار فى منازعات
الصرف، واوضح ضرورة ان يكون نص خطاب الضمان مُبيناً للغرض منه ولكن لم يشير الى
الطبيعة المجردة لخطاب الضمان ، لكنه اشار فى تعليقه على التعريف بأن البنك ليس طرفاً فى

علاقة الأمر بالمستفيد وضمائنه مباشر للمستفيد وقاصر على مبلغ من المال ولا علاقة له بالتزامات الأمر للمستفيد كما أشار التعليق الى ان علاقة البنك بالأمر مرجعها عقد اصدار الضمان وسماها مستندات المديونية وتحدث في التعليق على العلاقة المباشرة بين البنك والمستفيد .

ثم اورد ما أسماه (خصائص خطاب الضمان) ويقول ان حق المستفيد قاصر على المطالبة في اجل الضمان بمبلغه فقط ، دون زيادة، على دفعة واحدة أو دفعات طبقا لنصه ويجوز المطالبة بمبلغ أقل، وأشار التعليق الى ان الاصل عدم تعليق خطاب الضمان على شرط، ولكنه لم يمنع امكان - اصدار خطاب ضمان مشروط ، ونص كذلك على تخصيصه خطاب الضمان وعدم قابليته للتنازل او التظهير الا في حالة اندماج الشركات او تغيير اسمها باجراء قانوني، ويُدفع دائما للمستفيد نفسه وليس للوزارة التي تتبعها المصلحة الحكومية المستفيدة وليس للشركة الام التي تملك الشركة المستفيدة وليس في هذه الحالات «تنازل أو تظهير» كما سوف نرى ..

ويجيز بنك مصر استبدال اسم المستفيد باتفاق بين الامر والمستفيد وهذا مخالف تماما لطبيعة خطاب الضمان بإعتباره التزام مجرد لاعلاقة للأمر او المستفيد به . وهو في الواقع انما يصدر خطاب ضمان جديد .

ويُورَدُ البنك في تعليماته القاعدة النولية المستقرة بعدم استمطاعة البنك رفض صرف خطاب الضمان في اجله اذا ما طالب به المستفيد وعلى الأمر ان يرجع على المستفيد طبقا لعقدهما دون اقام البنك اذا كان المصرف دون وجه حق - واستقلالية خطاب الضمان عن العلاقات المحيطة به يلزم معها الأيُّورُطُ البنك نفسه إذ يقول :-

« يجب الا يصدر الضمان عن التزام باطل أساسا لاي سبب من اسباب البطلان او يكون مخالفا للنظام العام .. »

اذا كانت هذه العبارة تعنى الالتزام في العقد الاصلى بين الأمر والمستفيد ، فخطاب

الضمان لاعلاقة له به وليس هذا الالتزام سببا له لان خطاب الضمان مجرد عن السبب مطهر من اى دفع من البنك يُرد الى خطئته فى سبب الاصدار .

وإذا كانت تعنى عبارة (الإلتزام الباطل اساسا) التزم البنك فالبنك لا يستطيع ان يدفع ببطلان التزامه الا فى حالة التزوير او الفسح الجسيم المتورط فيه او يعلم به المستفيد ، والخطأ فى شخص المستفيد يُعَيِّم خطاب الضمان ويلزم ان يصدر خطاب الضمان عن بملك اصداره مُثَلًا للبنك دون غش او اكراه او تدليس .

اما مخالفة النظام العام فيلزم ان يكون خطاب الضمان ذاته ينطوى عليها فى نصه والا داخلنا فى متاهات عيوب الارادة واهدرنا وظيفة وطبيعة خطاب الضمان .

وتقول التعليمات (يجب ان يكون الغرض من خطاب الضمان صحيحا من الناحية القانونية .) وهذا معناه اننا قررنا سببا لخطاب الضمان . وتكون الفقرة السابعة فى التعليمات قد اهدرت وظيفة خطاب الضمان .

واما الفقرة الثامنة فلا ضرورة لها الباته لان ارادة المستفيد لا شأن لها فى قيام خطاب الضمان اطلاقا وموافقة او عدم موافقة او رده لخطاب الضمان ورفضه لا تؤثر ابدا فى قيام الضمان فى أجله وحق المستفيد التقدم لصرف فى هذا الاجل والتزام البنك بالصرف .

اما الفقرة التاسعة فهي تعليمات بخصوص غطاء خطاب الضمان المقدم من الامر وهي تعليمات لا يُصِرُّ عليها البنك .

اما الفقرة (١١) فهي خطأ محض ، لان البنك ملتزم بخطاب الضمان غير المشروط فى اجله ولا يمكن ربط خطاب الضمان مشروطا أو غير مشروط بالتزام العميل قبل المستفيد الا اذا كان الربط مُرَدُّدٌ لذات نص خطاب الضمان وليس لورقة خارجية عنه ويجب ان يتم الصرف وفقا لما هو منصوص عنه فى صلب خطاب الضمان الكافى بذاته، وخطاب الضمان يصرف فى أجله حتى ان لم يخل العميل بالتزاماته فهذه الالتزامات ليست سببا له ، وهذا ما ورد فى التعريف الذى اوردته التعليمات فى صيورها ، ثم تناقضت معه فى تعليماتها .

وتذكر تعليمات بنك مصر بعد ذلك ما يلزم ان ينص عليه فى خطاب الضمان من بيانات وجميعها مقبولة فى العرف الدولى الا نص البند السابع الذى يطلب النص فى خطاب الضمان على نسبة قيمته من قيمة العملية فهذا نص غير مفهوم وغير مقبول ويربط خطاب الضمان بورقة وعلاقة خارجة عنه .

ثم تذكر التعليمات مدة سريان خطاب الضمان التى لم ينص فى سنده على مدة سريانها بانها ١٥ سنة من تاريخ بداية سريانه وأن الغطاء لا يمكن صرف العميل له الا بعد خمسة عشر سنة أخرى من تاريخ نهاية المدة الاولى؟؟!! أ ثلاثون عاماً ؟

وتتحدث التعليمات عن انواع خطابات الضمان، وهذه يأتى الحديث عنها فى موضع آخر من هذا الكتاب والمهم فى هذه التعليمات انها تنبه الى ان بعض انواع خطابات الضمان يلزم لها صياغة خاصة غير المطبوعة يتم الاتفاق عليها بين البنك والعميل الأمر .

وتتحدث تعليمات بنك مصر بعد ذلك من الخطوات اللازمة لاصدار خطاب الضمان وهى تعليمات موجهة لموظفيه، وتذكر الغطاء النقدي وتقرر أنه يمكن ان يكون كلى او جزئى ولا تسرى عليه اى فوائد لصالح العميل طوال فترة حبسه تحت يد البنك ويودع فى حساب خاص (حساب تأمينات) بهدف تَجَنُّبِهِ خارج باقى حساباته فى البنك، وإذا كان الغطاء أوراق مالية فالبنك يودعها فى حافظة خاصة بالاتفاق مع العميل وتوقيعه باعتبارها ضمان لالتزامه قبل البنك فى عقد طلب الاصدار لخطاب الضمان واكثر من ذلك يأخذ على عملية تصريحها ببيعها فى اى وقت يراه وتحويلها الى نقود تحت يد البنك .

واما اذا كان الغطاء وديعة فيجربى البنك رهنها او اقرار من الأمر بالتنازل عنها للبنك الى آخره ..

وفى الباب الثالث من هذه التعليمات يتحدث البنك عن (مد خطاب الضمان) سواء بالنسبة لمدته بذات القيمة أو بقيمة أقل ، وهذا ما نعتبره تجليداً يقال عنه مد والتعبير السائد

فى البنوك انما هو تجديد لخطاب الضمان واصدار ضمان جديد حتى ولو اشار الى الضمان الاول .

وتحدث التعليمات عن تعديل خطابات الضمان سواء بالنسبة لقيمتها او مدتها وخطاب الضمان البنكى لا يجوز تعديله فاذا نص فيه اصلا على تخفيض قيمته دوريا طبقا لشروط معينة وتحقق الشرط بالدليل والمستند المنصوص عنه فى خطاب الضمان ففى هذه الحالات تخفض قيمته تلقائيا طبقا لنصه .

وصياغة مثل هذا الخطاب هامة حتى لا تكون هناك ضرورة لمراجعة الامر او المستفيد كأن يقال مثلا :

ويخفض هذا الضمان شهريا بمبلغ كذا من قيمته ولا يجوز صرفه او جزء منه الا مع تقديم ورقة نصها الاآت بتوقيع الجهة الفلانية او الشخص الفلانى بشرط ألا يكون الامر .

أو يدفع البنك للمستفيد مبلغ هذا الضمان على دفعات شهرية قيمتها ... كذا ... فى خلال اجله ويسقط حق المستفيد فى صرف اى دفعة فى نهاية الشهر يوم كذا الساعة كذا ..

أو يقال هذا الضمان متعدد القيمة والاجال، تمثل كل دفعة خطاب ضمان مستقل بذاته، اجله هو اجل تاريخ استحقاق الدفعة المنصوص عنها فيه يسقط الحق فيها اذا لم يتم صرفها فى هذا التاريخ .

اما عند الصرف الجزئى من المستفيد لخطاب الضمان فى اجله فنحن نرى ان ذلك ينهى خطاب الضمان .. وعلى اى حال فان تخفيض خطاب الضمان هو فى الواقع تجديد له .

وصياغة الضمان مفتوحة دائما لتتفق مع الهدف الذى تستهدفه وظروف العلاقات المحيطة خاصة العقد الاصلى بين المستفيد والامر ولذلك فهى قابلة لاجتهاد المحامون والبنوك مع الالتزام بعدم اخراج خطاب الضمان عن طبيعته القانونية او رهن صرفه بأرادة الامر أو المستفيد أو البنك اما الزيادة فى قيمة خطاب الضمان قد سبق اوضحنا انها خطاب ضمان

جديد وكذلك تعديل الغرض أو الاجل . المهم ان خطاب الضمان البنكى يبقى طوال اجله بقيمته طبقا لشروطه وفى حدود مبلغ لا يمد ولا يعدل انما يجدد فقط اى يصدر خطاب ضمان جديد بعد انتهاء اجل الاول حتى لا نقحم عليه اى من اطرافه .

وتتحدث التعليمات بعد ذلك عن انتهاء خطاب الضمان ونظام البنك فى ذلك سواء تم الانتهاء بالصرف او بسقوط الاجل وهنا يقول البنك ان الصرف الجزئى او طلبه يلغى كامل خطاب الضمان (فقرة هـ ص ٦٢) مخالفًا ما ورد فى الفقرة (١) من بند (٢) فى تعديل خطابات الضمان (ص٦ من التعليمات) .

وتتحدث التعليمات عن عمولة البنك ونسبتها على كل نوع من أنواع خطابات الضمان، والبيانات التى يلزم أن يتضمَّنَهَا طلب اصدار الضمان واسلوب تحديد مركز العمل المالى وطريقة مراجعة خطابات الضمان وكذلك اسلوب البنك فى التعامل بالنسبة لطلبات اصدار خطابات ضمان لمستفيد اجنبى او مقيم فى الخارج .

وهذه التعليمات فى الممارسة الفعلية تختلف من بنك لآخر وكذلك بالنسبة للنماذج التى يحددها كل بنك لطلب ضمان او عقده مع الأمر ويصعب تتبع كل بنك فى هذا المجال الا انها متفقة او هى على الاقل يجب تطويعها للعرف الدولى البنكى بالنسبة لطبيعة خطاب الضمان.

ممارسة خطاب الضمان فى البنك التجارى الدولى

يعرف البنك التجارى الدولى فى مصر خطاب الضمان بالآتى :

تعهد مكتوب يصدره البنك بناء عن طلب عميله لصالح طرف ثالث . المستفيد .

يلتزم البنك بموجبه فى حالة عدم وفاء عميله بالفرض المحدد بالضمان بدفع المبلغ

المحدد بالضمان بناء على طلب المستفيد وذلك خلال الصلاحية المحددة فى الضمان ..

وهذا التعريف وان كان مَعِيَّاً فى تركيبه اللغوى قاصراً عن ابراز طبيعة خطاب الضمان البنكى وصفاته الا أنه يتفق مع المفهوم السائد عرفاً لخطاب الضمان البنكى وفى ايضاح هذا التعريف يقول صاحبه:

- ١- يلزم أن يكون خطاب الضمان بمحرر مكتوب علي ورق البنك او نموذج .
 - ٢- ان يكون التزام البنك فيه يدفع مبلغ محدد او قابل للتحديد من المال وهذا غير مرهون بالتزام العميل قبل المستفيد .
 - ٣- خطاب الضمان شخصى لا يجوز تداوله .
 - ٤- خطاب الضمان لا يغطى الا ما ذكر فيه .
 - ٥- تبدأ مدته من وقت استلام المستفيد له وينتهى التزام البنك بانتهاء مدته (وكان يلزم ان يقول من وقت صدوره وخروجه من حيازة البنك) .
- ويقول أنه يلزم أن يكون خطاب الضمان محدد المدة ، فاذا صدر دون تحديد أجل له فانه يكون اقرب الى الكفالة خاصة اذا كان مرهوناً اجله بوفاء الامر بالتزام او تنفيذ عقد ، وكذلك الحال فى بعض خطابات الضمان الملاحية المفتوحة الاجل ومدة التقادم فيها ١٥ سنة .
- ويتحدث عن مد أجل خطاب الضمان وتجديده بما يعارض تماماً طبيعتها وخلق خلطاً معيباً بين العلاقات الثلاثة المنفصلة والمستقلة ، وكذلك أهدر ان خطاب الضمان صادر من البنك مباشرة للمستفيد ولا يستطيع أحدهما المساس به بعد صدوره ولا يملك بعد صدوره ان يعدله والعميل غريب عن خطاب الضمان .

وقارن البنك بين الكفالة وخطاب الضمان فى إستقلال خطاب الضمان عن العلاقات التى تحيط به وفى كونه دائماً إلتزام بمبلغ من المال ويرجع فيه المستفيد على البنك مباشرة .

وهذا النظر السليم يناقضه ما سبق ان قرره عند الحديث عن مد أجل (تجديد) خطاب الضمان إذ جعل ارادة العميل والمستفيد تتدخل فى قيام خطاب الضمان وتحدث البنك عن

خطاب الضمان المشروط وقال طالما ورد نصا فى خطاب الضمان وسنده فان البنك يجب ان يلتزم بالشرط او الشرط وهذا حق .

ونكر أسلوب البنك فى تحديد الغطاء وانواعه وكذلك تحدث عن خطابات الضمان الخارجية او المقابلة التى يلتزم فيها البنك لمستفيد غير مقيم او اجنبى أو تلك التى يلتزم فيها لمستفيد وطنى مقابل خطاب ضمان من بنك اجنبى وهو فى كل ذلك يتفق مع العرف الدولى .

وإخطار البنوك التجارية فى مصر عميلها عند الصرف هو إجراء ودى بين البنك وعميله وليس هناك اى التزام على البنك بذلك تأسيسا على استقلالية علاقته بالمستفيد والتزامه المباشر قبله .

وتتحدث تعليمات هذا البنك عن أحوال إنتهاء خطاب الضمان بانتهاء أجله دون أن يتقدم المستفيد للصرف أو اذا رد المستفيد خطاب الضمان فى أجله للبنك متنازلا عنه لانه اصبح غير ذى موضوع وتحدث كذلك عن إنتهائه بالصرف او التقادم ولانه يتضمن نصا باعتباره كأن لم يكن اذ قدمت للبنك شهادة معينة . وعدم رد المستفيد لورقة خطاب الضمان لا يمنع من الغائه .

ثم يتحدث البنك عن خطوات اصدار خطاب الضمان والاسلوب الذى يسير عليه فى ذلك سواء بالنسبة لتلك الخطابات التى تصدر بناء على طلب عملاء محليين او التى تصدر بناء عن طلب غير مقيم او اجنبى او بنك خارجى .

ويورد البنك نماذج لخطابات الضمان التى يتعامل فيها ولطلباتها وعقد الأمر مع البنك . واوردت هذه التعليمات بيانا مفيدا عما يلزم ان تراعيه البنوك التجارية عند اصدار خطاب الضمان هي : -

١- يجب الالتزام بتعليمات البنك المركزى فى الاصدار والتعديل والتجديد وذلك فيما يتعلق بالعمولة المحددة بلائحة الخدمات المصرفية وعدم تخطى النسبة المصرح للبنك بها فى

حجم خطابات الضمان التي تصدر عنه وكذلك الحد الأدنى للغطاء ٢٠٪ أو ٢٥٪ حسب نوع الضمان .

٢- يلزم أيضا مراعاة تعليمات وزارة الخزانة بضرورة ارسال صورة للمستفيد اذا تسلم العميل الاصل لتوصيلها اليه .

٣- مراعات اللوائح الخاصة بالتعامل فى خطابات الضمان واعمال مقتضى قوانين الاستيراد والتصدير فى عمليات المبادلة والسماح المؤقت اذا طلب خطاب ضمان لتغطية التزامات أطرافها .

٤- ما تنص عليه القواعد النقدية بالنسبة لخطاب الضمان المحرر لمستفيد اجنبى او مقيم فى الخارج وخطر الجهات اللازمة اخطارها وملاحظة ما ورد بشأنها فى لائحة الرقابة على النقد .

٥- ملاحظة استيفاء خطاب الضمان شكلا وموضوعا للقانون الواجب التطبيق ، وذلك بالنسبة لخطابات الضمان الصادرة لمستفيد فى الخارج او غير مقيم او لبنك اجنبى .

ممارسات خطاب الضمان

فى البنك الاهلى

صدر عن ادارة النظم المصرفية فى البنك الاهلى المصرى منشورا باسم المرجع العلمى لخطابات الضمان ويعرف خطاب الضمان كالآتى :

تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على طلب عميله ضمانا لتنفيذ التزام محدد خلال مدة محددة يلتزم البنك بموجبه بأن يدفع لصالح طرف ثالث هو المستفيد مبلغا معينا

من المال عند اول طلب يتسلمه خلال اجل سريان خطاب الضمان وذلك رغم اية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون ..

وهذا التعريف هو أحسن من التعريفات السابقة واقربها لطبيعة خطاب الضمان البنكي السائد في المفهوم النوى ولم يكن من اللازم الاشارة في التعريف الى مناسبة صدور خطابات الضمان حتى لا يعد ذلك سببا له وهو المجرد عن السبب بل يحسن ان ينص فيه على طبيعته المجردة عن السبب، كذلك اغفل التعريف النص على تأكيد استقلال خطاب الضمان عن العلاقات المحيطة به وان ورد فيه عجزه انه يصرف بالرغم من معارضة العميل ولم يوضح التعريف شخصيه خطاب الضمان بمعنى انه لمستفيد معين بالذات غير قابل للتداول او التحويل او التنازل باى صورة وكذلك لم يشير التعريف الى كُفّة ان يكون خطاب الضمان مشروطا وان سنده كاف بذاته وان البنك لا يمكنه النقص عنه ولا اثر لارادة المستفيد فيه .

ويقرر البنك ان يكون خطاب الضمان على نماذج البنك وان يكون مبلغا محددا من المال غير مرهون بتنفيذ عملية معينة او عقد معين وهذا فهم صحيح لخطاب الضمان .

وكان يلزم اذن وهو يقول ذلك ان يرفع من تعريفه عبارة تنفيذ الالتزام محدد ويكفى ان يذكر ذلك فى .قد الأمر مع البنك عند طلب خطاب الضمان .

والسداد ا.نورى عند طلب الصرف فى أجل خطاب الضمان الذى يلزم ان يكون محدداً تحديدا قاطنا بنون التفات الى معارضة الأمر أو سواء، فى خطاب الضمان غير المشروط أو عند تحقق الشرط طبقا لنص ورقة الضمان وبالاسلوب الوارد بها هو أمر متفق عليه دوليا .

وايس صحيحا فى تكييف خطاب الضمان باعتباره نظاما قانونيا قائما بذاته انه يتأثر بمرور شرط فيه للصرف طالما ان هذا الشرط وارد فى صكه ومحدد اثباته فى صلبه ولا يؤثر هذا ابدا على الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بوصفه مجردا عن السبب فهذا الشرط ليس سببا لقيام خطاب الضمان والالتزام به وإنما هو مجرد تحديد لكُفّة صرفه .

يقول البنك في الفقرة الرابعة انه يجب رفض الشروط التي يترتب عليها توقف الصرف على إرادة العميل او تحقق واقعة خارجية عنه .. فنحن نوافقه تماما ونضيف الى ذلك انه يلزم ان يكون الشرط أيضا غير مرهون بإرادة البنك او الغير في صرقه .

فخطاب الضمان المشروط ممكن؛ اذا كان غير مرهون الى إرادة الأمر او سواء او البنك ومنصوص عنه في طلب خطاب الضمان وكذلك السند اللازم لاثباته وذكره نصا في ورقته والجهة التي يلزم ان تصدره دون الأمر أو المستفيد أو البنك

أما ما أورده البنك بخصوص أنواع خطابات الضمان يأتي ذكرها في مكان آخر من هذا الكتاب ، ويذكر البنك نماذج طلبات الضمان والصياغة الخاصة به ويتحدث عن طلب الإصدار والتعاقد مع العميل وأسلوب تجديد خطاب الضمان من واقع بيانات الطلب والتعاقد مع الأمر .

ثم يتحدث البنك عن مد أجل الضمان والذي نعتبره تجديدا والشروط التي يطلبها البنك لذلك في المعاملات الحكومية وهو في هذا الموضوع له أسلوبه وان لم يخرج عما تتبعه البنوك الأخرى . وزيادة مبلغ خطاب الضمان يعتبره البنك الاهلي إصدار خطاب ضمان جديد يسميه خطاب ضمان تكميلي ينتهي أجله في اجل الخطاب الاصلى وذلك بمبلغ الزيادة أو ان يصدر خطاب الضمان جديدا بالقيمة الأكبر ويسحب الاول باعتباره أصبح غير ذي موضوع .

وما ذهب اليه البنك عند تخفيض قيمة خطاب الضمان من ضرورة اخذ موافقة كتابية على المستفيد فيه تناقض مع ما ذهب اليه من استقلالية خطاب الضمان ، وان المستفيد ليس طرفا فيه ولاحق له فيه حتى يطلب صرقه في اجله . ويبقى مبلغه في ذمة البنك ومن ماله حتى يُصْرَفُ .

وسبق ان قلنا انه يمكن النص في خطاب الضمان على أنه متعدد القيمة يخفض شهريا بمقدار (وكذا) ويسقط الحق في كل دفعة اذا لم تطلب في مواعيدها، المهم ان موافقة المستفيد او حتى رفضه لا تؤثر في قيام خطاب الضمان الصادر بإرادة البنك وحده ولا يستطيع المستفيد اذن تجديده وإنما قد يبدى رغبة يستجيب لها البنك او لا يستجيب .

ويتحدث البنك بعد ذلك عن أسلوب صرف خطاب الضمان وإجراءات ذلك في البنك وإعادة خطاب الضمان الى البنك لايتهيه قبل اجله .. فخطاب الضمان صدر ليقى طوال اجله ويلزم الا يلغيه البنك قبل انقضاءه الاجل المنصوص عنه فيه اللهم الا اذا اصبح عدما وغير ذى موضوع من الناحية العملية .

ويذكر البنك اسلوبه وإجراءاته فى اصدار خطابات الضمان بالعملة الأجنبية ثم يتحدث عن الغطاء التقدي والعمولات وخطابات الضمان غير المحددة المدة وانها تتقادم بمضى ١٥ سنة .
ولما كان القانون المصرى لم يَنْظَمْ خطاب الضمان فنحن نهدف من ذكر اسلوب مزاوله البنوك المصرية لاصدار خطاب الضمان الى تأكيد ان ما تسير عليه البنوك المصرية متفق مع العرف الدولى وان العرف البنكى فى مصر لا يختلف جوهريا عما هو سائد فى الدول الاخرى ومفهوم وتعريف خطاب الضمان البنكى فى مصر هو بذاته المفهوم السائد دوليا .
ويبقى ان نوضح دور البنك المركزى فى الاشراف على البنوك التجارية بخصوص اصدار خطابات الضمان .

إشراف البنك المركزى على البنوك التجارية فى خطابات الضمان

البنك المركزى أوسع السلطات على البنوك التجارية طبقا للقانون رقم ١٢٠ لسنة ٧٥ فهو يراقبها ويشرف على لوائحها وسلامة مركزها المالى ولائحته التنفيذية تعطيه الحق فى الإشراف على كافة البنوك الخاصة العامة والأجنبية وله الحق فى الاطلاع على سجلاتها والتفتيش عليها .

وطبقا لقانون البنوك رقم ١٦٣ لسنة ٧٥ تلتزم البنوك القائمة فى مصر ان ترسل للبنك

المركزي بيانات شهرية عن نشاطها ويقرر منه يمكن شطب أى بنك يخالف تعليماته أى وقفه عن العمل .

ويُحظرُ على البنوك التجارية أن تتجاوز السقف المحدد لها في إصدار خطابات الضمان خاصة الخارجية منها وتلتزم بمراعاة تعليمات رقابة النقد عند اصدار خطاب ضمان لمستفيد أو بنك خارجي وأعمال مقتضى التعليمات في ضرورة التأكد من ان البلد الصادر عنها خطاب الضمان تسمح بالتحويل وكذلك التأكد من القانون الذى يحكم خطاب الضمان البنكى في البلد الاجنبى والنظام السائد فيه بالنسبة لهذا الموضوع وهل تأخذ بالعرف الدولى فى انتهاء خطاب الضمان بنهاية أجله ام لا وهكذا يكون العرف البنكى فى مصر كمصدر لخطاب الضمان البنكى هو بذاته اساسيا، وجوهريا، العرف البنكى الدولى ليس فقط فى الممارسة الفعلية بل ايضا في النظرة القانونية لطبيعة خطاب الضمان البنكى .

وننتقل بعد ذلك الى ما صارت عليه احكام القضاء فى مصر بشأن مفهوم خطاب الضمان البنكى .

مفهوم خطاب الضمان البنكى

فى احكام القضاء المصرى

الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٩ جلسة ١٩٨١/٤/١٣

جميع اعمال البنوك ومن بينها اصدار خطابات الضمان يعتبر عملا تجاريا طبقا لنص المادة الثانية فقرة ٤وه من القانون التجارى المصرى حتى ولو تمت بصفة منفردة او لصالح شخص غير تاجر .

الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٧ ق و ١١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٤ / ٣ / ٧٣

والطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٧ / ٥ / ٦٩

١ - يلتزم البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه والتاريخ المذكور فيه هو آخر ميعاد للمطالبة به ولا يمثل تاريخ أستحقاق ويلتزم البنك بالدفع للمستفيد الذي يتقدم للصرف في بحر مدة الصلاحية .

٢ - خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والعميل الا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله للمستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الاخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام البنك المدين به ويكون على المدين عميل البنك ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء ضد المستفيد اذا قرر أنه غير مدين للمستفيد او ان مديونيته لاتبررها ما حصل عليه المستفيد من البنك .

وهذا يؤكد مبدأ انفصال العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان .

الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧٣

والطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧١

الالتزام البنك هو التزام اصيل ومباشر قبل المستفيد وليس باعتباره وكيلًا عن العميل ولا صلة فيه بين العميل والمستفيد .

من المقرر في قضاء محكمة النقض ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمجرد اصداره خطاب الضمان ووصوله للمستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الاخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ولا يعتبر وكيلًا عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بل ان التزام البنك في هذا التزام اصيل ويترتب على ذلك ان ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان انما هو

تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها والبنك أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالى أو دون غطاء أو بضمان رهن فى حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك وهو الذى يُقدّر وحده مصلحته فى كيفية تغطية خطاب الضمان .

الطعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٢ / ١٢ / ١٩٨٠

الطعن رقم ٩١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ٣١ / ١٢ / ٧٩

الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١١ / ٢ / ١٩٨٠

من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه اذا اما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده وعباراته هي التى تحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها اذا ما طُوبى بالفواء فى اثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت له المستندات المحددة فى الخطاب وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم الا فى حدود تلك الشروط أو يُعْتَد بغير هذه المستندات وفى ذات الوقت ليس له ان يستقل دون موافقة عميله بمد أجل خطاب الضمان عن الاجل الموقوت فيه والمتفق على تحديده مقدما ويسقط التزام البنك اذ لم تصل اليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الاجل.

وهذه الاحكام تقرر :

١- استقلال علاقة البنك بالمستفيد عن علاقته بالعميل .

٢- ان صك الضمان او سنده او ورقته يلزم ان يكون كافيا بذاته وهو وحده الذى يحدد التزام البنك .

٣- ان المطالبة يجب ان تتم فى بحر أجل خطاب الضمان وقبل حلول اجله .

٤- لا يجوز للبنك مد أجل خطاب الضمان بمعنى تجديده دون موافقة العميل ولكن اذا كان العميل قد فوض البنك فى عقده ان يجدد الضمان فنحن نرى ان البنك يستطيع ذلك فهذا

أخف عبئا على العميل من صرف المستفيد له والبنك مفوض فيه أصلا وعادة ما يطلب المستفيد التجديد .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٩ جلسة ١٤/٥/٤١

الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢ ق جلسة ١٥/٤/٥٤

البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعذاره هو قبل صرف المبلغ المبين في خطاب الضمان .

الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٨/٤/١٩٧٧

إذا كان الحكم المطعون فيه اقتصر في إقامة قضائية برفض دعوى الطاعن البنك قبل المطعون ضدهم العملاء على أنه لا يجوز للبنك أن يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله مادام أن للضمان أجلا في الخطاب الصادر للمستفيد " شركة مصر للتجارة الخارجية" والمتفق على تجديده مقدما وهو ما وأجته دفاع الطاعن من أنه كان وقت تجديد الضمان فضوليا تولى شأننا عاجلا للمطعون ضدهم أثناء تولى شأن نفسه بما يصلح أساسا لمطالبة المطعون ضدهم بالمبلغ الذي ادّاه لشركة مصر للتجارة الخارجية وكان المعول عليه في معنى القصور على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ألا يكون الدفاع الذي يلتفت الحكم عن الرد عليه جوهريا وبما يتغير به وجه الرأي في الدعوى وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع على أهميته ويقسطة حقه من الرد فإنه يكون مشوبا بالقصور .

ومحكمة النقض في هذا الحكم تقرر مكنه رجوع البنك على عميله على أساس دعوى اللفسالة إذا كان البنك قد صرف خطاب الضمان للمستفيد بعد أن جددته بمد أجله دون الرجوع إلى العميل ولم يكن مفوضا بذلك .

حكم محكمة النقض طعن ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٠/١٢/٨٥

لم يقدم للبنك المطعون ضده ما يفيد قيامه بتسليم الطاعن المبلغ المحكوم به عليه من

الاستئناف خلال اجل الشهرين المحدد في خطاب الضمان وكانت علاقة البنك المطعون ضده مصدر الخطاب بالمستفيد منه البنك المركزى منفصلة عن علاقة عميل البنك الطاعن بهذا البنك الاخير ويرجع بشأنها الى عبارات خطاب الضمان وحده فان عدم تقديم البنك المركزى ما يفيد وفاء للطاعن بالمبلغ المحكوم به من محكمة الاستئناف خلال الاجل المحدد فى الخطاب يسقط ضمان البنك المطعون ضده ويخول الطاعن استرداد غطاء الخطاب فى اليوم التالى لانتهاء خطاب الضمان وتخلف الحكم المطعون فيه عن هذا النظر فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وتؤيـله بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن ..

طعن رقم ١١٨٩ لسنة ٤٩ فى جلسة ٨٤/٢/١٣

ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاه ان يلتزم البنك وبمجرد اصدار خطاب الضمان ويوصله الى المستفيد باداء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير فى طلبه باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الاداء فى حدود التزام البنك المبين به ، ولا يسقط هذا الالتزام اذا طالب المستفيد البنك اثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء او مد اجل الضمان اذ لا يتصور ان يضار المستفيد لمجرد انه عرض امكان انتظاره اذا امتد خطاب الضمان والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التى يستهدفها نظام خطاب الضمان فى التعامل ومن ثم يكون سداد البنك فى هذه الحالة وفاء صحيحاً متى وصلت اليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لان العبرة فى ذلك تاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته متى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة الى بحث باقى اوجه الطعن ..

طعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ / ٥ / ٨٩

١- وإن كان الاصل في خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه وإنما على تحقق شرطه وحلول أجل الا انه لا يغير من ذلك ان يرتبط تنفيذها بواقعة ترجع للمستفيد في الخطاب .

٢- ان علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طوّل بالوفاء في اثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت اليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم الا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات .

٣- اذا ارتبط خطاب الضمان بنصه عند طلب المستفيد صرفه بواقعة ترجع للمستفيد وهي اخطاره البنك الطاعن بالبيان الوارد به كشرط لوفاء بالقيمة فانه يجب على البنك اذا ما طوّل بالوفاء بعد تحقق هذا الشرط سريان أجل الضمان الدفع فوراً دون الاعتداد بأي اعتراض للعميل .

يراجع ايضا الأحكام الآتية :

١- نقص ٧٢/٣/١٤ المجموعة ١ للسنة ١٥ العدد ١٠

٢- نقض ٦٤/٣/١٤ المجموعة ١ للسنة ١٥ العدد ٢

من الجائز أن يتخذ عقد القرض صور مختلفة غير صورته المألوفة من الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبارها انها تجمع بينها كلها وصف التسهيلات الإئتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة ٥٣٨ من القانون المدني .

وهذا الحكم يتناول استعمالات خطاب الضمان البنكي في مجالات أخرى ونحن لا نرى مكنة تكيف خطاب الضمان البنكي بانه عقد قرض للعميل او المستفيد فهذا يخرجهم عن طبيعته .

حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٣/٧/٢٠

ليس خطاب الضمان مثل الشيك أداة وفاء وإنما هو أداة ضمان قطيعة خطاب الضمان تختلف إذ أن خطاب الضمان شخصي لا يجوز للمستفيد تظهيره الى الغير او التنازل عنه الاى شخص بأى طريق وبالتالي فليس له اى قيمة ذاتية الا لشخص المستفيد .

احكام الإستئناف

حكم استئناف القاهرة ١١٥٦ لسنة ٧١ ق جلسة ٥٥/١٢/٢٣

خطاب الضمان فى صياغته وكما يجرى عليه العرف التجارى ورقة مصرفية لها طابع خاص قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون أى منازعة من محررها (البنك) او المضمون (الأمر) وهى بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون فى العقد المتفرع عنه هذا الضمان .

ان خطاب الضمان هو تعهد نهائى يصدره البنك بناء على طلب العميل يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين او قابل للتعين بمجرد ان يطلب المستفيد منه ذلك وانه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر او علاقة الأمر بالمستفيد .

حكم استئناف القاهرة فى ٢٣ / ١٢ / ٥٥ للسنة ٧٧ ق

إن خطاب الضمان يسهل التعاقد مع الاشخاص المليئين الذين يخشى اخلاطهم بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق فى ذمتهم فيكون خطاب الضمان المشجع له على التعاقد حتى يجد مالا محققا خاليا من النزاع يحصل عليه بمجرد طلب الوفاء ولاشك انه اذا أبيضت المنازعة فى صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية وفشلت حركة المعاملات التجارية .

حكم استئناف القاهرة قضية رقم ١٨٨ لسنة ق جلسة ١٢ / ١١ / ٦٢

خطابات الضمان لا تعتبر أوراق تجارية - فهذه الأخيرة هي الصكوك التي تقوم مقام النقود في المعاملات بطريق التظهير أو التسليم.

المبادئ التي تقررها هذه الأحكام

وأحكام القضاء المصري استقرت خاصة المحكمة العليا النقض على التكييف النولى لخطاب الضمان البنكى وتطبيقاته وهذه الأحكام تقرر المبادئ الآتية :

اولا : انه عملا تجاريا بصرف النظر عن المستفيد او مناسبة صنوره .

ثانيا : الاجل النهائى المضروب فى خطاب الضمان ليس تاريخ استحقاقه بل يلتزم البنك بصرفه فى بحر هذا الاجل وحتى التاريخ المعين المحدد لانقضائه طالما ان المستفيد تقدم بطلب الصرف فى بحر هذا الاجل

ثالثا : علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بعميله الأمر والتزامه قبل المستفيد التزام مباشر واصيل وللعميل اذا قدر ان المستفيد لم يكن له حق فى الصرف أن يلجأ هو الى القضاء ضد العميل بناء على عقده معه، والبنك ليس وكيلا عن الأمر للعميل .

رابعا : الفطاء الذى يقدمه العميل الأمر للبنك عن طلب اصدار الضمان لاعلاقة له بخطاب الضمان وإنما هى علاقة اخرى بين البنك والعميل ينظمها عقدهما المنقطع الصلة بخطاب الضمان .

خامسا : يستقط خطاب الضمان اذا لم يطالب به المستفيد فى بحر الاجل المضروب فيه .

سادسا : صك أو سند خطاب الضمان هو وحده وبما ورد فيه الذى يحكم علاقه البنك

بالمستفيد طبقا لعباراته وشروطها وهي التي يدفع البنك بمقتضاها اذا ما طوَّب بالوفاء اثناء
اجل خطاب الضمان اى ان سنده كاف بذاته .

سابعا : اذا لم يكن البنك مخولا فى نص خطاب الضمان ومفوضا بتجديده (مده) اذا
طلب المستفيد ذلك اثناء مد مدته فانه يلزم ان يرجع البنك للعميل لاختذ موافقته فى تجديد
خطاب الضمان بمد مدته اذا طلب المستفيد ذلك فى اجله بدلا من صرفه ولكنه اى البنك اذا
صرف دون الرجوع الى العميل ليس ما يمنعه بالرجوع عليه بما دفع بدعوى الفُضالة .

ثامنا : لا يلتزم البنك بالرجوع الى العميل او استئذانه او اخطاره قبل الصرف لانه يوفى
للمستفيد بالتزام فى نعمته هو .

تاسعا : خطاب الضمان ليس من الاوراق التجارية ولا هو اداة وفاء وإنما هو ضماناً
تختلف طبيعته عن الشيك وباقي الاوراق التجارية .

عاشرا : خطاب الضمان شخصى لا يجوز تداوله بالتظهير او التنازل بئى طريق ولا قيمة
له الا للمستفيد فيه .

الحادى عشر : خطاب الضمان هو تعهد نهائى لا يجوز البنك الرجوع فيه .

الثانى عشر : خطاب الضمان ورقة مصرفية لها طابع خاص وهي بمثابة نقود تحت يد
المستفيد .

الثالث عشر : اذا اتاحت المنازعة عند صرف قيمة خطاب الضمان لفقد هذا الخطاب
أهميته العملية وفشلت حركة المعاملات التجارية .

الرابع عشر : يلزم قبل صرف خطاب الضمان المشروط تحقق البنك من استيفاء المستفيد
للسند المطلوب لتقديمه طبقا لنصوص خطاب الضمان قبل الصرف وفى اجل سريان الضمان .

الخامس عشر : اذا طلب المستفيد الصرف او المد من البنك فان هذا الطلب اذا تم فى
اجل خطاب الضمان لا تضر صياغته بالمستفيد ويعتبر طلب صرف اذ لم يمد البنك اجل

الضمان ، صحيحا قلا يقبل أن يضار المستفيد لأنه عرض استعداده للإنتظار فترة أخرى قبل الصرف.

السادس عشر : ان تعليق صرف خطاب الضمان على ارادة المستفيد هو الاصل فاذا كان الشرط يرتبط بتنفيذه بواقعة ترجع للمستفيد فهذا جائز .

السابع عشر : لا يمكن تعليق صرف خطاب الضمان على واقعة او شرط او اجل خارجة عن نصه وما ورد فيه .

تلك هي المبادئ التي أقرها القضاء في مصر وحدد بها وفيها طبيعة خطاب الضمان البنكي وقد أوضحنا أن خطاب الضمان البنكي لم يظلم بعد في القانون التجارى المصرى وما ورد في القوانين المصرية في مناسبات مختلفة من اشارة الى خطاب الضمان وضرورة تقديمه والتعامل على اساسه لا يعد تشريعا وتنظيما قانونيا لخطاب الضمان ، وإنما هو مجرد دعوى لاستعماله او أمر باستعماله من تلك القوانين وذلك تأكيداً لإستقراره في العرف البنكي وفي احكام القضاء والمحاولات الفقيهية التي تعتبر الاشارة الى خطاب الضمان البنكي في بعض التشريعات الخاصة واللوائح هو تنظيم وتشريع لخطاب الضمان هي مجرد محاولات فقهية للحصول على اصل تشريعى لخطاب الضمان البنكي في النظام القانونى المصرى وهى جميعها تسلم بانه لم ينظم نصا فى القانون وإنما افرضه العرف واحكام القضاء من اجل هذا ولأن مصدر خطاب الضمان البنكي خاصة فى التجارة النولية يرد الى العرف البنكى واحكام القضاء راجعنا هذا العرف من خلال الممارسة الفعلية لخطاب الضمان البنكى فى البنوك المصرية ولوائحها وتعليماتها وكذلك ما استقرت عليه احكام القضاء المصرى . وذلك فى متن الكتاب وليس فى هوامشه .

ومنها يتضح ان نظام خطاب الضمان البنكى ، قد استقر فى مصر على ذات الاسس والقواعد والاحكام فى إنعقاده، وآثاره، وإنهائه، طبقا للسائد دوليا فى الدول الرائدة فى التجارة الدولية وحتى بالنسبة للتكيف القانونى باعتباره نظاما خاصا مستقلا قائما بذاته .

خطاب الضمان البنكي

في الفقه المصري

أسهم الفقه المصري إسهام العرف البنكي وأحكام القضاء في ارساء قواعد خطاب الضمان البنكي وذهب مذاهب متعددة في التكيف القانوني له وبيان أحكام ولكنه مستقر الآن على مفهوم واضح لخطاب الضمان البنكي يتفق مع ما هو سائد دوليا في الممارسات البنكية وأحكام القضاء في النول الرائدة في التجارة الدولية وهو، أي الفقه المصري، في رعايته لخطاب الضمان البنكي حريصا على حصانته واستقراره لخدمة التجارة الدولية وهو أقرب في ذلك للمدرسة الانجلوسكسونية من المدرسة اللاتينية ونشير الي اقوال الشراح والفقهاء في ذلك:

نشير أولا الى عميد الفقهاء والشرح المصريين الدكتور السنهوري وبهذا الفقيه مكانته الدولية في مصر وفرنسا وعلامة على تجذره في الفقه الإسلامي أيضا وان كان لم يتناول دراسة خطاب الضمان باعتباره فقيها في القانون المدني الا أنه يهمننا ان نرجع اليه بخصوص ما أسلفنا من أن الإرادة المنفردة لاتعد الآن في التشريع المصري مصدرا للالتزام فالعمل القانوني أو العمل المادي ليس هما أو أحدهما المصدر المباشر للالتزام في خطاب الضمان البنكي وإنما المصدر المباشر للالتزام هو القانون الذي أتاح واعطى لإرادة البنك وتعهدته القوة الإلزامية وإن كان القانون في الواقع هو المصدر الأساسي لأي التزام الا ان القانون اعطى للعقد والعمل غير المشروع والاثراء بلاسبب قوة انشاء التزام باعتبارها مصدرا مباشرا ولكنه حرم الإرادة المنفردة في مصر من وذلك هذا علاوة على أنه حتم ان يكون لكل عمل ارادي سبب ويختص خطاب الضمان البنكي المجرى عن السبب يقف النص أيضا حائلا دون امكان الإرادة المنفردة وحدها اعطاء خطاب الضمان البنكي القوة الإلزامية باعتبارها مصدرا مباشرا كالعقد ، ويقول الدكتور السنهوري في ذلك :

ان الإرادة المنفردة تنتج آثارا قانونية مختلفة فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية

كالوصية وسببا لسقوطها كالنزول عن حق الارتفاق او حق الرهن . وقد تثبت حقا شخصيا ناشئا عن عقد قابل للارتباط كالأجازه وقد تجعل عقدا يسرى على الغير كالإقرار وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل او النزول عن الوكالة أما بالنسبة لإنشاء الحق الشخصى الالتزام او إسقاطه . فهي قادرة على إسقاط الحق الشخصى كالإبراء ولكنه بالنسبة لإنشاء الحق للالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى القانون المدنى المصرى هى التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون فى حالات استثنائية بنص خاص وليست مصدرها عاما للالتزام..

وفي فرنسا أيضا ليست الإرادة المنفردة مصدرها عاما للالتزام بل هى مجرد ايجاب يلزم ان يصادفه قبول ومن تاريخ التقاء الايجاب بالقبول ينشأ الإلتزام عن مصدره المباشر وهو العقد .

وحتى فى المانيا التى تعطى الإرادة المنفردة مكنة انشاء الإلتزام اذا كان اعلانها قد اوجد لدى من وجهت له ثقة مشروع لايجوز معها السماح للملتزم ان يتحلل من التزامه وفى غير ذلك يكون الملتزم بآرادته التحلل من التزامه نقول ان هذا النظر فى المانيا لا يقول أن الإرادة مصدرها عاما للإلتزام .

رأينا ان نؤكد النظرة الفقهية التى نقول بها من ان خطاب الضمان البنكى كما هو مقرر فى العرف الدولى وباحكام القضاء الإلتزام المباشر به يُردُّ فى مصر الى القانون وليس لإرادة البنك المنفردة.

إضافة إلى ما اسلفناه من أن خطاب الضمان البنكى لا يمكن أن يرد الى الإرادة ونعود الى نظرة الفقهاء والشراح المصريين لخطاب الضمان البنكى كما هو مقرر فى العرف الدولى واحكام المحاكم فى مصر والخارج وجمهور الفقهاء فى البلاد المختلفة .

ونذكر اننا نراجع اقوال الفقهاء باعتبارها تسهم الى حد بعيد فى ارساء القواعد التى تحكم خطاب الضمان سواء فى قيامه أو آثاره أو إنتهائه مثلها مثل العرف البنكى ، واحكام القضاء واجتهاد المحامون الدوليون وصدى اجتهادهم تنطق به الاحكام .

فالأستاذ الدكتور جمال الدين عوض الأستاذ بكلية حقوق القاهرة يقول .

البنك إذ يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزاماته قبل دأئه فهو لا يراقب هذا التنفيذ وهو لا يتعهد أن يقوم بدلا من العميل المدين بتنفيذ التزام هذا الأخير ولا بسداد ما يكون عليه من دين والا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقا لأحكام الكفالة المدنية بل هو يطلق تعهد يمكن القول بأنه تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان أيا كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار أكثر أو أقل مما تعهد به البنك للمستفيد وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل المدين لالتزامه فلا يعتبر ما تعهد البنك بدفعه تعويضا للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل التزامه أو إساءة هذا التنفيذ، وليرد خطاب الضمان البنكي الوظيفة المناطة به يقتضى التفرقة بين العلاقات الثلاث وهى علاقة العميل بصاحب المشروع ويحكمها العقد الاصلى بينهما وعلاقة البنك بالمستفيد ويحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذى يحدد التزام البنك والشروط التى يدفع بمقتضاها بحيث لا يلزم الا فى حدود عباراته فاذا كان العميل متفقا مع المستفيد فى عقدهما على شروط أخرى فالأساس فى التزام البنك هو الشروط التى صدر بها خطاب الضمان لا الشروط المتفق عليها بين العميل والمستفيد فكل علاقة مستقلة تماما عن العلاقتين الأخرين ولا يعتبر البنك فى التزامه بخطاب الضمان نائبا عن عميله بل هو يلتزم بصفته أصيلا ..

ويقول الدكتور جمال الدين عوض أيضا :

ويؤدى هذا المنطق الى أن ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقدا بينه وبين المستفيد لأن الخطاب يصدر تنفيذا للعقد بين الأمر والبنك وليس تنفيذا لعقد بين البنك والمستفيد من الخطاب فلا يشترط لازام البنك أن يقبل المستفيد الخطاب بل يلتزم البنك نهائيا بمجرد

اصداره الخطاب ووصوله « لعلم المستفيد منه مادام لم يرفضه . صحيح ان المستفيد ، مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة بالخطاب ولكن ليس لانه طرف فى عقد بينه وبين البنك لان هذه فى حدود التزام البنك كما بينهما فى خطاب المنشئ لإلتزامه قبل المستفيد فالبذ يلتزم بمجرد اصداره الخطاب ولا يلتزم أن يصدره ولو اتفق مع العميل على ان يضمته قبل المستفيد لان هذا الاتفاق يظل مقصورا على طرفيه دون ان يكون للمستفيد ان يتمسك به ولكم يجب لإلتزام البنك بالخطاب ان يصل الى علم المستفيد وليس معنى ذلك انه يلزم قبول المستفيد بحيث يلتقى مع إيجاب صادر من البنك بل ان البنك بارادته، وحده، وهى كافية لذلك، ولكن مع، اشترط وصول هذه الارادة الى المستفيد . ان البنك يستطيع الرجوع فى ارادته طالما لم يصل الخطاب الى علم المستفيد ومتى وصل الى علمه اصبح له عندئذ حق نهائى ضد البنك.

ويقول الدكتور حسنى عباس احد الفقهاء المصريين

الالتزام البنك مجرد عن السبب فليس سببه علاقة العميل بالمستفيد وليس له التمسك بدفوع له قبل العميل ودفوع للعميل قبل المستفيد وجميع الفقهاء على هذا الرأي فى مصر وربما اختلفوا فى التأصيل والاسناد .

وهذا هو تماما السائد فى فقه البلاد المتقدمة سواء التى تأخذ بالقانون اللاتينى او الانجلوسكسونى ، التشريع المصرى اذن يسير على ذات الدرب التى عليها التشريعات الاوربية والامريكية ويفهم خطاب الضمان ويمارس بذات الاسلوب .

ومرة أخرى نكرر اننا وضعنا اقوال الشراح فى متن هذا الكتاب وليس فى هامشه لانها أسهمت واحكام المحاكم والعرف البنكى فى تحديد هوية خطاب الضمان البنكى .

خطاب الضمان فى البلاد الإسلامية الأخرى

ان البلاد الإسلامية لا يطبق معظمها القوانين الإسلامية بل هى قد تتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون مع مصادر أخرى سواء أكانت من المدرسة اللاتينية أو الانجلوسكسونية وقوانين الشريعة الإسلامية تؤثر كمصدر للقوانين المدنية والجنائية ويدرجة أكبر على قوانين الاحوال الشخصية ويدرجة اقل على قوانين التجارة .

وبالنسبة لخطاب الضمان البنكى واعمال البنوك على وجه العموم فهى منقولة عن الدول الغربية وفى التفسير والممارسة والتطبيق قد تتأثر النظرة اليها للخليفة والمبادئ الأساسية التى تليها الشريعة الإسلامية ولذلك يلزم احاطة عاجلة للضمان فى التشريع الإسلامى والقاعدة فى الشريعة الإسلامية الأصولية فى الإثبات :

البينة على من ادعى والشهادة على من أنكر

ووسائل الإثبات يمكن تحصيلها فى الشهادة، والقرار، واليمين، فالادلة المستندية ليست مطلقة الحجة فى الشريعة الإسلامية ولا تعد كافية بذاتها عند جحودها ويلزم تعزيزها بأحدى الوسائل السابقة وهذا التحصيل قد لا يكون دقيقا لان النص القرآنى أقام اعتبارا للكتابة كدليل اثبات ..

الا أن بعض الفقهاء يقصرون النص على القرض أى على ما ورد فى شأنه النص وبعضهم يراه مجرد توصية . والمستندات ذاتها ليست كافية عند تحديدها بل يلزم تعزيزها بالشهادة أو اليمين على ما أسلفنا ، وهذا واضح فى الممارسات القضائية حتى بالنسبة للمطالبة بدين ثابت بالكتابة فالدين اذا انكر يلزم تكمله الدليل الكتابى باليمين أو ان تحال الدعوى على التحقيق ليثبت الدين انه أوفى بالدين فى أجله بشهادة الشهود.

وحتى العقود الموثقة تعتبرها بعض الفقهاء المسلمين انها دليل شهادة والشاهد هنا هو الموثق .

وهذا النظر مع تزايد سيادة الشريعة الإسلامية لابد ان يمس الامور التجارية وقد وصل مد الشريعة الاسلامية الى مشرق العالم العربى وغربة والباكستان والسودان وصدر اخيرا مجموعة القوانين المدنية المؤسسة علي الشريعة الاسلامية فى دول الامارات المتحدة تَضْمَنُ الفصل الخامس منها معالجة الضمان، والبنوك الاسلامية التى زاد انتشارها هى مؤشرا آخر يَرُدُّ الضمانات على وجه العموم الى احكام الشريعة الاسلامية والممارسات البنكية فى هذه البنوك متأثرة بالمفهوم الاسلامى خاصة فى موضوع الفوائد .

الا أننا لم نرى أى أثر موضوعى لها فى الممارسات الدولية لخطاب الضمان البنكى فهى تساير العرف الدولى فيه .. ولعل ذلك مرجعة الى أنها اصبحت دول تابعة وليست متبوعة علاوة على ان السيطرة الفعلية على التجارة الدولية معقود لوائها للدول الغربية .

وتسود القواعد العرفية الدولية فى خطاب الضمان البنكى لسبب آخر لأنه غالبا ما يتم الاتفاق على اختصاص قضائى خارج البلاد العربية او ان يكون التحكيم الدولى مناط بالمنظمات الدولية التى تطبق القانون الذى يأخذ بالمفهوم الدولى لخطاب الضمان البنكى دون الالتفات حتى الى اتفاق على تطبيق قانون آخر وذلك اخذا بالعدالة .

ونشير الان الى بعض هذه البلاد فى لحظة عاجلة اذ يصعب تناولها بالتفصيل فى نظام خطاب الضمان لديها .. هذا علاوة على ان اثرها وتأثيرها فى التجارة الدولية محدود باستثناء السعودية التى نتناولها بقليل من التفصيل .

فى تركيا

تأخذ تركيا بالنظام السائد دوليا فى مفهوم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية الا انه يلزم الاشارة الى ان قوانينها تربط بين خطاب الضمان البنكى والعقد الاصلى بين المستفيد والأمر الذى صدر الضمان بمناسبته وهى بذلك تهدر استقلال العلاقات بل نرى انها تجعل لخطاب الضمان سببا .

ويترتب على ذلك .. لا تعترف بسقوط خطاب الضمان البنكى وانتهائه بانتهاء اجله بل يبقى الضمان قائما الى ان ينتهى العقد الاصلى هذا علاوة على انها تشترط رد ورقة خطاب الضمان لاسقاطه او انتهائه. القانون رقم ٢٨٨٦ فى ٩/٩/١٩٨٣ ماده ٢٦ .

فى العراق

وتتمص المادة ٣٦٥ من القانون العراقي رقم ١٤٩ لسنة ٧٠ المنشور في الوقائع فى يوليو ١٩٧٠ على تعريف خطاب الضمان :

بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب عميل له الأمر بدفع مبلغ معين او قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى خطاب الضمان ويوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من اجله .

والعراق كدولة بتروية تنشط بقدر محسوب فى التجارة الدولية تعمل مقتضى العرف الدولى فى مفهوم خطاب الضمان خاصة فى الممارسات البنكية وقد يثور فيها خلاف حول التطبيق القانونى والانتها .

والتعريف الوارد فى القانون العراقى قد يؤدى فى التطبيق القضائى الى ربط خطاب الضمان بالغرض منه ويخلط بذلك بين العلاقات الثلاثة المنفصلة . هذا علاوة على أنه يوجب ايضا بأن لخطاب الضمان سببا وهو المجرد عن السبب .

فى السودان

عرف القانون السودانى خطاب الضمان البنكى :

بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد إذا طلب منه ذلك خلال مدة الضمان وهذا التعريف يتفق مع المفهوم الدولى لخطاب الضمان .

وتأسيسا على ان فكر المدرسة الانجلوسكسونية هو السائد فى القانون السودانى خاصة النظرة الانجليزية، يتبع ذلك ان يكون المعمول به فى السودان هو ذات الجارى عليه العمل فى انجلترا والان وقد نهبت السودان شوطا بعيدا فى الاخذ عن الشريعة الاسلامية فيلزم ان نتوقع فى الممارسات القضائية اثر ذلك .

فى سوريا ولبنان

فيما نعلم لا تضمن القوانين السورية او اللبنانية اى تنظيم او نصوص خاصة بخطاب الضمان ولكن هذين البلدين ينشطان فى التجارة الدولية وعلى اتصال مباشر بالفكر اللاتينى والمدرسة الفرنسية والبنوك فيهما راسخة وتطبق العرف الدولى البنكى فى خطاب المضمان .

ونحن لم نراجع أحكام القضاء فى هذه البلاد فى خطاب الضمان سواء بالنسبة لتركيا او العراق او السودان او سوريا ولبنان واثرتنا ان تكون هذه المراجعة لاحكام البلاد الرائدة والمسيطره على التجارة الدولية سواء فى أوروبا وأمريكا .

ولكن يلزم ان نشير انه ومن الوجهة العملية قد تفرض بعض قوانين هذه البلاد استمرار خطاب الضمان حتى يتم تنفيذ الالتزام الذى صدر بمناسبته، بصرف النظر عن اجله وحتى فى مصر ينص القرار الوزارى رقم ٢٣١ فى المادة ٢٤ منه على ذلك بالنسبة لخطابات

الضمان المقدمة لجهات حكومية ولذلك يلزم ان يشترط في صلب الضمان تجديده دوريا حتى انتهاء المشروع سواء أكان التجديد بذات القيمة او اقل ويكون من المفيد ايضا اذا لم تكن النصوص أمره لا يمكن مخالفتها - والاتفاق صراحة في ورقة الضمان على سقوطه في اجله بعد اخذ الموافقات اللازمة .

والبنوك على اى حال تحوط لذلك بأن تأخذ في يدما قرار التجديد بتفويض من الأمر ومن ناحية اخرى يلزم ملاحظة ان بعض البلاد ترتب أثراً على استمرار حيازة ورقة خطاب الضمان بعد انتهاء اجله ولا تنهى البنوك فيها الضمان الى بعد رد المستفيد لسنده وهذا ايضا يجب التحوط له عند التعامل معها .

اما باقى بلاد المشرق العربى وكذلك بلاد المغرب العربى فجميعها تسير على المفهوم النولى لخطاب الضمان وتتعامل بنوكها مع البنوك العالمية على هذا الاساس ويغلب في فهمه وتطبيقه الفكر اللاتينى .

وأما باكستان كنولة اسلامية فهى تتبع حتى الان العرف البنكى النولى بمفهوم المدرسة الانجلوسكسونية في التطبيق ومع ملاحظة ان قوانين الشرعية الاسلامية بدأت مسيرتها فيها ولابد ان التطبيق العملى سوف يتأثر بذلك .

فى الأردن

لم ينظم القانون التجارى الاردني خطابات الضمان الا ان المواد من ١١٨ الى ١٢١ من القانون التجارى الاردنى وان كانت تتحدث عن الإعتمادات المستندية يمكن الاسترشاد بها ، ولكن خطاب الضمان ذاته يخضع لشروطه ولاحكام القانون المدنى اعمالا لنص المادة ١٢٢ من القانون التجارى التى تقول :

ان العمليات المصرفية غير المذكورة في هذا الباب تخضع لاحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة او العقود التي تتصف بها هذه العمليات .

وفي الممارسات الفعلية تساير بنوك الاردن المفهوم الدولي لخطاب الضمان فهو يصدر أساسا عن البنوك ولكن ليس شمة مانع قانونا في الاردن من صدوره من مؤسسات اخرى في المعاملات الداخلية كضمان عادي .

وتصدر البنوك خطابات الضمان بناء على عقد الخدمة المصرفية بينها وبين عميلها الأمر ووفقا لما ورد في هذا العقد فقد يكون خطاب الضمان مشروطا او غير مشروط قابل للالغاء او غير قابل لذلك .

ومناسبات صدور خطاب الضمان البنكية في الاردن هي ذاتها في الدول الاخرى فتصدر لضمان حسن التنفيذ وسداد الدفعة المقدمة في عقود المقاولات وغير ذلك .

ولا يتدخل البنك المركزي في شروط الضمانات المحلية ولكن موافقته لازمة اذا كان خطاب الضمان صادر لشخص طبيعي او معنوي غير مقيم وليس هناك نصا قانونيا يحدد سقف الضمانات الداخلية او الدولية ويلزم ان يلاحظ أن الوفاء بقيمة خطابات الضمان المستحقة في الخارج لا بد فيها من موافقة البنك المركزي علي التحويل ، ويصدر البنك المركزي تعليمات دورية حول الشروط الواجب توافرها للوفاء بمبالغ لجهات اجنبية او تحويلها للخارج وقد يَطلبُ البنك من عميله غطاءً كاملا على شكل وبیعة أو غطاءً جزئياً أو بون عطاء أو كفالة شخصية أو عينية فذلك كله مرهون بمركز العمل المالي وعلاقاته بالبنك .

وصياغة خطاب الضمان الصادر عن شركات المال والإئتمان وهي تقوم باعمال البنوك في الاردن تؤكد ان النظر الي خطاب الضمان باعتباره كفالة وعقد ضمان مدني، يلتزم فيه المستفيد عند طلب المصرف باثبات سبب طلب الصرف أي انه لا ينظر اليه على انه وسيلة مجردة عن السبب وذلك بالرغم من النص على الالتزام بالدفع عند الطلب او معارضة العميل.

خطاب الضمان في السعودية

المملكة العربية السعودية ونول الخليج تمثل سوقاً مهماً في التجارة الدولية والمقاولات الدولية وتتعامل في خطابات الضمان من خلال بنوكها أو فروع البنوك الغربية .

والتعامل الاساسى فى سوق هذه الدولة بالنسبة لخطاب الضمان هو المنظمات الحكومية اى الحكومة ذاتها ويخصوص خطاب الضمان أصدرت وزارة المالية والاقتصاد وكذلك الوكالة المالية السعودية بعض التعليمات الملزمة للشركات العامة والاجهزة الحكومية بون القطاع الخاص وتفرض على الموردين والمقاولين الاجانب تقديم خطاب ضمان غير مشروط عند التعاقد مع الحكومة والشركات العامة يضمن تنفيذ التزاماتهم.

وغالباً ما يكون ذلك فى ضمانات العطاءات - وضمانات الدفعات المقدمة وضمانات المستحقات - وهذه الأنواع هى الأكثر شيوعاً فى المعاملات الحكومية - ويكون خطاب الضمان المقدم فى المعاملات الحكومية دائماً غير مشروط مستحق عند الاطلاع وصياغة خطاب الضمان ونصه يلزم أن يكون طبقاً للنماذج الصابره عن وزارة المالية والاقتصاد بتحديد اوصافه والشروط اللازمة توافرها فيه.

ولا تمثل هذه التعليمات قانوناً لخطاب الضمان فليس هناك قانون يحدد مفهوم خطاب الضمان البنكى إنعقاداً، وأثارة، وإنهاء، فى المملكة العربية السعودية ويطبق القاضى السعودى القواعد العامة وفقاً للقانون السعودى والتشريعات فى السعودية مصدرها أساسا الشريعة الإسلامية ولا يمكن الاتفاق على إلزام القاضى السعودى بتطبيق قانون معين ارتضاء الطرفان وليس هناك قواعد معينة تحدد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين .

والمؤسسة المالية السعودية اختصاص قانونى تباشره (لجنة فض المنازعات التجارية) وتطبق على المنازعات التى ترفع إليها تعليمات المؤسسة المالية للبنوك التى تبين القواعد والنظم

الواجب الأخذ بها في تعاملاتها البنكية والاتجاه الى لجنة فض المنازعات التجارية في اي نزاع يلزم معه تقديم صور أصلية من جميع المستندات مترجمة الى اللغة العربية وتصدر وزارة المالية السعودية قائمة بأسماء البنوك المسموح لها، والمقبول منها تقديم خطابات الضمان للجهات الحكومية والعامة وتراجع هذه القائمة دورياً .

ولكل بنك حد اقصى لايتجاوزه عند عند ممارسة إصدار خطابات الضمان والتعليمات تقضى :

١ - ان يصدر خطاب الضمان عن المركز الرئيسى للبنك الاجنبى المسموح له بذلك طبقاً لمشور وزارة المالية والاقتصاد رقم ٢٤٧/١١ الصادر فى أغسطس سنة ١٩٧٦ ميلادية.

٢ - عدم تجاوز الحد الاعلى المقرر للبنك ويلزم الا تزيد الضمانات الصادرة عن ٢٠٪ من رأس مال البنك .

٣ - ضرورة اشتراط الوفاء بقيمة خطاب الضمان فى السعودية وتحويله اليها دون خصومات او استقطاع لضرائب تقررها بلد ألبتك الملتزم فى الخارج وتربط السعودية نهاية أجل خطاب الضمان بأجل العملية التجارية - وذلك عن طريق طلب المد أو الدفع - Pay or Bx tend وهذا السلوك مؤسس على المنشورين الصادرين عن وزارة المالية والاقتصاد رقمى ١٧-٢٢٧٢ فى ١٤٠٢/٦/٢٨ هجرى و٥٢ - ٣٣٦ الصادر فى ١٤٠٤/٣/٦ هجرى.

٤ - يلزم ان يكون خطاب الضمان غير مرهون صرّفه بتوافر شروط يفرضها قانون او تعليمات او موافقات تقنية من بلد البنك المُصنِّع له .

٥ - وبالنسبة للبنوك الاجنبية ، يلزم ان تقدم خطابات الضمان من خلال بنك سعودى كمراسل محلى على ان يكون البنك الاجنبى هو المسئول المباشر ويضمن البنك المحلى فقط صحة التوقيع وصحة صدور خطاب الضمان عن البنك الاجنبى ويصرف خطاب الضمان عند استحقاقه من فرع البنك الاجنبى فى السعودية وكثيراً ما يشترط المستفيد السعودى

اصدار ضمان مقابل من فرع البنك الاجنبى فى السعودية .

٦ - يلزم ان يكون البنك الاجنبى مسجلا فى قائمة البنوك المسموح لها باصدار خطابات ضمان بنكية وبالنظر للمخاطر التى تحيط بالتعامل فى خطابات الضمان فى السوق السعودية ولضخامة المعاملات تشكل البنوك الاجنبية فيما بينهما (كنسورتيوم) Con-sortium تحدد نسبة التزام كل بنك عند صرف خطاب الضمان ويتم ذلك باتفاق خاص قبل او بعد أن يقدم البنك المُصدر لخطاب الضمان للمستفيد .

وقد يطلب البنك المصدر من الأمر توقيع كمبيالة بقيمة الضمان لصالح مجموعة البنوك المتقاسمة لاتصرف او تخصص الا اذا صرف خطاب الضمان ولم يغطه الأمر وهذا نوع من الغطاء فى شكل ورقة تجارية قابلة للخصم والتداول تُسهّل إجراءات المطالبة بها عند الرجوع على الأمر وتلجأ البنوك الى هذا الأسلوب لصعوبة الوفاء بغطاء نقدي لخطابات الضمان الكبيرة .

والاوراق التجارية منظمة فى السعودية بقرارات وقواعد من الجهات المختصة المشار اليها .
واهم المعاملات فى خطاب الضمان البنكى تكون بمناسبة الضمانات الابتدائية وضمانات التنفيذ وضمانات الدفعة المقدمة وينظم أسلوب التعامل فيها المرسوم الملكى رقم ١٤ الصادر فى ٢٣/٦/١٣٨٧ هجرية الذى حل محل المرسوم الملكى رقم ٦ الصادر فى ٢٤/٢/١٣٨٦ هجرية والمنشور فى ١٥/٥/١٣٩٨ هجرية ، وبالرغم من الفائهما الا أنه مازال يشار اليهما فى التعليمات لأنهما أكثر تفصيلا .

والتحكيم فى خطابات الضمان الحكومية ممنوع الا بموافقة خاصة من رئيس مجلس الوزراء وذلك طبقاً للقانون ١٦٤ الصادر فى ٢١/٦/١٤٠٢ هجرية ويلتزم المتقدم لعطاء حكوى بتقديم خطاب ضمان بنكى ابتدائى بقيمة قدرها ١٪ الى ١٢٪ من قيمة العطاء أو مبلغا نقديا بذات القيمة وذلك لمدة ثلاثة اشهر قابلة للتجديد طبقا لرغبة المُستفيد ويصادر اذا سحب المتقدم العطاء قبل ألبيت فى العطاء .

ويلزم ان يكون خطاب الضمان غير مشروط بصرف دون اخطار الامر طبقا للمادة ١٠ من القرار الوزاري الصادر فى هذا الخصوص رقم ١٣١ / ١٧ ويورد بعد رسو العطاء وتامم التعاقد وأحياناً يتضمن نص خطاب الضمان الابتدائى شرطاً من البنك بأنه غير ملزم بتقديم خطاب الضمان النهائى عند رسو العطاء على الامر . وفى حالة عدم استطاعة الراسى عليه العطاء تقديم خطاب الضمان النهائى أو خطاب ضمان الدفعة الاولى تصرف الجهة المستفيدة خطاب الضمان الابتدائى .

وخطابات ضمان التنفيذ منظمة بذات المرسوم الملكى ويلزم ايضا ان تكون غير مشروطة باعتبارها بديلا عن التأمين النقدى ، وعلى البنك ان يراعى عند اصداره النص على انه واجب الدفع عند التخلف عن الوفاء بأى شرط من شروط العقد وقرار المستفيد فى ذلك نهائى غير قابل للمناقشة والدفع يتم فور المطالبة الكتابية سواء اكانت كليا أو جزئيا دون الالتفات الى أى معارضة من الامر .

ويلزم ان يكون خطاب الضمان موافقا للقانون السعودى ومحكوم به وذلك لأن القانون السعودى لم يتضمن أى نصوص بخصوص القانون الواجب التطبيق.

وضمن التنفيذ طبقا للتعليمات قيمته ٥٪ من قيمة العطاء قد يرتفع الى ٢٥٪ اذا كان مقدمه شركة تأمين ولا يقدم فى العقود الاستثمارية وعقود توريد قطع الغيار وعقود الشراء المباشر، ضمان تنفيذ ويطالب الراسى عليه العطاء، بخطاب مسجل يعلم الوصول، من الجهة صاحبة العطاء تقديم خطاب الضمان النهائى ويُمهلها فى ذلك مدة عشرة ايام قد تمد الى عشرة ايام اخرى قبل مصادرة الضمان الابتدائى وضمان الدفعة المقدمة يُقدَّم بها خطاب ضمان بكامل قيمتها وهى عادة ١٠٪ من قيمة العطاء ويلزم ان ينص فى خطاب الضمان على انه لا يسرى الا اذا دفعت الدفعة المقدمة لان المرسوم الملكى اغفل النص على ذلك واشترط ان يكون خطاب الضمان غير مشروط وتكون مخاطره كبيرة اذا لم يتضمن نص خطاب الضمان ربط سريانه بدفع الدفعة المقدمة فعلا وقد يكون فى اعطاء البنك تعليمات بعدم تسليم خطاب

الضمان الى الجهة المستفيدة الا اذا قبض منها اولاً الدفعة المقدمة لحساب الامر ، حالاً مقبولا .

والقانون السعودي لم ينظم تاريخ انتهاء الضمان ولذلك ينتهي في أجله المنصوص عنه فيه سواء في ذلك الضمان الاصلى او المقابل ؛ الا أن الحكومة تربطه بالعقد الاصلى وتماث تنفيذه في بعض أنواع الضمان وذلك بطلب الصرف أو المد.

والتنظيم القانوني للضمان على وجه العموم ولخطاب الضمان البنكي في السعودية انما يعنى التعامل الحكوى .

اما نشاط القطاع الخاص فهو طليق ويتبع العرف الدولى في خطاب الضمان البنكى وتنظمه عقود الطرفين ويلزم التحوط جدا في ذلك حتى لا تطبق عليه أى على خطاب الضمان البنكى قواعد الكفالة فى الفقه الإسلامى وقد يلزم الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائى او التحكيم وتحديد طبيعة خطاب الضمان نصا فى ورقته انعقادا، وأثارا، وإنهاء .

خطاب الضمان البنكى فى الكويت

نظم التشريع الكويتي خطاب الضمان فى القانون التجارى رقم ٦٨ لسنة ٩٨ من ٢٨٢ الى ٣٨٧ وعرفه فى المادة ٣٨٢ تجارى بالآتى :

نص المادة ٣٨٢

تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ويوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من أجله .

وهذا التعريف هو ذات التعريف الوارد بالقانون العراقي ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المادة ٢٨٧ ..
وقد يوحي هذا التعريف ان البنوك الكويتية لا تصدر خطابات ضمان مشروطة ولكنها تفعل
وتتعامل نولياً فيه .

وهذا التعريف لخطاب الضمان التنظيف أو الغير مشروط لم يؤدي الى استبعاد خطاب
الضمان المشروط في المعاملات البنكية في الكويت طالما أن الشرط لم يخرجها عن طبيعته ولم
يعلقه على إرادة الأمر .

وتمارس البنوك في الكويت جميع أنواع خطابات الضمان وأحياناً يكون ذلك التزاماً
قانونياً مثل المادة ١٣٩ تجارى بحرى التي تلزم الوكيل البحرى ان يودع وزارة المواصلات
مبلغ ستون الفا ديناراً كويتياً أو كفالة مصرفية بالمبلغ ذاته غير مشروطة أى خطاب ضمان
وذلك ضماناً لتنفيذ الأحكام القضائية التى تصدر على اصحاب السفن بمناسبة تواجدها في
ميناء الكويت.

وكذلك يلزم القانون الكويتى سمسرة البورصة بإيداع مبالغ نقدية أو كفالة ضماناً
لتعاملاتهم ومن هذا القليل أيضاً ما تشترطه ادارة التعليم فى لوائحها المالية علي المدارس
الخاصة بإيداعها مبالغ تعيينها او ضمان مصرفى غير مشروط ضماناً لوفاء هذه المدارس
بالتزاماتها .

نص المادة ٣٨٣

وتقول انه يجوز للبنك ان يطلب تقديم مقابل اصدار خطاب الضمان أى الغطاء كما تجيز
هذه المادة ان يكون الغطاء الذى عجزت عنه بالتأمين هو تنازل الأمر للبنك عن حقه قبل
المستفيد .

ونرى ان هذه المادة معيبة فهى تقحم البنك على العملية التجارية التى يلزم ان يكون البنك
بعيداً عنها فى المفهوم النولى والممارسات النولية لخطاب الضمان

وهذه المادة أكثر من معيبة ويجرى نصها كالآتي :

لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان الا بموافقة البنك ..
ليس للمستفيد اى حق فى مبلغ خطاب الضمان الا عند طلبه ويعد قبضه له أما قبل ذلك
فان مبلغ خطاب الضمان لم يخرج من ذمة البنك ولا يستطيع البنك بيوره ان يوافق او لا
يوافق للمستفيد الذى لم تكون له حقاً فى ذمته بالتنازل عنه للغير ، فمبلغ خطاب الضمان
الذى لن يخرج من مال البنك الا بطلبه فى موعده وبشروطه ويعد قبضه لايمكن تصور مكتة
وجوده أو تقرير وجود اى حق عليه للمستفيد او إعطاء المستفيد على مبلغه اى حق من اى نوع
حتى يتم قبضه له ، ويعد ذلك وليس قبله ، فهو ماله يدخل ذمته المالية .

المادة ٣٨٥

وتقول أنه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر او
علاقة الأمر بالمستفيد وهذا قول حق وهو تطبيق مباشر للتعريف ونظام خطاب الضمان
البنكى.

وهذا المفهوم الذى يفصل بين العلاقات الثلاث المحيطة بخطاب الضمان ويفهمها مستقلة
عن بعضها لا يسايره نص المادتين السابقتين بل ان هاتين المادتين تتناقضان مع التعريف
الذى اورده القانون ذاته فى المادة ٣٨٢ .

المادة ٣٨٦

تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من
المستفيد بالدفع الا اذا اتفق صراحة على تجديدها .
وهذه المادة التى تعالج انتهاء خطاب الضمان أحسنت صياغتها واخذت بالتعبير الصحيح
بكلمة (تجديد خطاب الضمان) وليس مده .

وتتحدث عن رجوع البنك على عميله وتقول ان البنك إذا أوفى المستفيد بقيمة خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر .

وهذا خلط معيب للعلاقات الثلاثة المنفصلة تماما فالبنك يرجع على عميله (الأمر) طبقا لعقده ويشروط هذا العقد وضمائنه وليس بالحلل والا أقحمناه على العلاقة التجارية ويدخل البنك في نوامه الطول ويكون للأمر كافة الدفع والدفاع التي له قبل المستفيد وسبق ان أوضحنا ذلك، ثم ماذا يكون الحال اذ لم يكن للمستفيد اى حق قبل الأمر ؟

وهكذا نرى انه بالرغم من أن تعريف القانون الكويتي لخطاب الضمان يفهم منه انفصال العلاقات الثلاثة وأنه التزام مباشر على البنك لحساب المستفيد وشخص وورقته كافيته بذاتها ومجرد عن السبب الا ان هذا القانون عاد بعد ذلك وخلط الأوراق وعبث بالمفاهيم التي تفهم من تعريفه ففي المادة ٢٨٢ خلط بين عقد الخدمة المصرفية، بين البنك والأمر، وهو السند الوحيد الذي يرجع به البنك على الأمر عند اللزوم وبين خطاب الضمان ذاته وأجاز ان يكون الغطاء هو تنازل عن حق الأمر قبل المستفيد وهذا الحق قد لا يوجد اطلاقا او لا يوجد بصورة مال سائل .

هذا علاوة على اقحام البنك في العملية التجارية ذاتها ودخوله في نوامه الدفع والدفاع التي والذي يكونا للمستفيد ضد الأمر ويخلص الأمر . من مسئولية عالقة بربقته هو ليضع رقبه البنك بدلا منها ويخل ذلك ايضا بجوهر خطاب الضمان السرعة والثقة والوضوح ..

ويلزم للمتعامل في خطاب الضمان الكويتي أن يكون حذرا في صياغته على وجه العموم وأن يعالج في نص ورقته هذه المتناقضات على وجه الخصوص .. وعلى الاخص في المعاملات الدولية .

ويلزم أيضا ان يُنتَبَه الى عمله الوفاء فالبك يوفى للمستفيد بالمبلغ النقدي وبالعملة الواردة في صك خطاب الضمان وهو بعد ذلك يعود على عميله بما دفع وسند البنك في ذلك هو عقد الخدمة المصرفية فاذا لم يحدد سند الضمان نوع العملة التي يدفع للبنك بها مادفعه فان نص المادة ١٧٤ فقرة ٢ من القانون المدني الكويتي تسمح للبنك ان يدفع بالعملة الكويتية ونص المادة ٣٨٧ من القانون التجاري السابق الإشارة اليها تحل البنك محل المستفيد حلولا قانونيا في الرجوع على الأمر وهذا الحل يؤول الى ان البنك سوف يرجع على العميل بذات العملة التي دفع هو بها وفي حدود ما للمستفيد قبل الأمر فاذا كانت هذه المادة هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة فإن التشريع التجاري الخاص بخطابات الضمان أحق بحكم خطاب الضمان في المادة ١٧٤ فقرة ٢ مدني وأن كان ذلك النظر يخالف ما ذهب اليه محكمة النقض الكويتية في حكمها الصادرة بتاريخ ١٥ / ١ / ١٩٩٠ والذي لم ينشر بعد وهو ملعن على الإستئناف بالفاء الحكم ٥٤٥٩ / ٨٢ وأيد النقض حكم الإستئناف لذلك ننصح بالتحوط في عقد الخدمة المصرفية بين العميل والأمر على تحديد نوع عملة الوفاء وهذا أسلم .

أما بخصوص العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان :

- | | |
|---------------------|---------------------------------|
| (١) البنك والأمر | عقد الخدمة المصرفية. |
| (٢) البنك والمستفيد | خطاب الضمان ذاته. |
| (٣) الأمر والمستفيد | عقد العملية التجارية الاساسية . |

فان اعمال هذه العلاقات وممارستها في البنوك الكويتية متفقة مع المفهوم الدولي لخطاب الضمان وغالبا ما يلتقى التطبيق الفعلي والعملى مع السائد في مصر وليس هناك خلافات ذات بال الا بعض الاجتهادات الفقهية .

وكذلك الحال فيما يتعلق بانقضاء خطاب الضمان وعدم كُتة الحجز على خطاب الضمان .
وسبق ان اشرنا الي بعض نصوص القوانين الكويتية التي تنص على وجوب تقديم ضمان

نقضى او بنكى فى احوال معينة بالذات .

ولكن التعامل فى السوق الكويتية يشمل جميع أنواع خطابات الضمان المعروفة عالميا ،
بتقسيماتها المختلفة .

وهذه القراءة فى القانون الكويتى تؤكد ان السائد فى الكويت بالنسبة لخطاب الضمان هو
السائد فى مصر وان مفهوم خطاب الضمان فى الكويت هو ذات مفهوم فى العرف الدولى .

هذه القراءة السريعة لمفهوم خطاب الضمان البنكى فى البلاد الاسلامية غير هادفة الى
دراسته ولكن مجرد تعريف والإتفاق مع هذه البلاد على التحكيم الدولى للمؤسسات الدولية او
تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان والإختصاص القضائى هو المخرج التى
تتوسل به الدول الرائدة فى التجارة الدولية لسلامة الفصل فى اى نزاع يثور عند النزاع،
بحسب النظر عن ان العرف البنكى الدولى سائد فى هذه البلاد غالبا .



خطاب الضمان البنكي
في بعض
دول أوروبا

الفصل الخامس

خطاب الضمان البنكي في بعض دول أوروبا

في فرنسا

فرنسا من الدول التي ترجع قوانينها الى جنور رومانية وكان منحى التطور فيها الى النظرة الشمولية، وهى المدرسة اللاتينية، ومنها اسبانيا وإيطاليا وبلجيكا و مصر.

اما المانيا فلها نظرة متميزة أثرت على القانون الفرنسى وغيره وفى هذه البلاد. يضع القانون قواعد عامة للتصرفات القانونية ويرد كل تصرف الى قاعدة من هذه القواعد وفيها أفرزت وتطورت نظرية الإلتزام ومصادرها. ويميل القانون الفرنسى لرد التصرفات القانونية الى قاعدة عامة لمصادر لالتزامات والحقوق التي قننتها تشريعيا . وفى عقد الضمان او الكفالة يربط القانون الفرنسى الإلتزام بالضمان بالعقد الاصلى، والإلتزام المضمون به ويترتب على ذلك ان حق المستفيد فى الصرف مرهون بتخلف المضمون عن تنفيذ التزامه او تعثر ذلك بسبب يرجع اليه أو بخطأ منه.

وهذا النظر فى القانون الفرنسى يؤثر تأثيرا سلبيا على مفهوم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية ذلك انه مبنى على نظرية السبب ويفترض انه يلزم ان يكون لكل التزام سببا يرتبط به وجودا وعندما اُعتبر خطاب الضمان البنكى فى فرنسا فى جوهره كفالة من الناحية الفقهية.

ولكن القضاء تغلب على ذلك للأخذ بمفهوم خطاب الضمان البنكى فى العرف الدولي فقال القضاء ان خطاب الضمان ليس كفالة عادية او تقليدية ولكنه كفالة من نوع خاص تحكمها قواعد خاصه بها .

وقد فصلوا خطاب الضمان البنكي عن عقد الضمان التقليدي ، وأما عن عقبة السبب فقد قالوا ان السبب ليس من الألائم النص عليه في ورقة خطاب الضمان ويمكن رده الى رغبة العميل الأمر في الحصول على الصفقة ولا تطبيق المحاكم الفرنسية علي خطاب الضمان البنكي ما تنص عليه القوانين في فرنسا من شروط تحكّم الضمانات العادية والجانبية او المساعدة وتطلب فقط ان يكون خطاب الضمان البنكي مستوفيا الشروط الشكلية عند اصداره الا في حالات الخطأ المدمر له أو الغش الضالع فيه المستفيد أو التزوير .

ويتوسع القضاء الفرنسي أكثر من القضاء الانجليزي والامريكي والكندى في تطبيق الخطأ أو الغش المبطل لخطاب الضمان البنكي والمنازعات حول خطاب الضمان البنكي من اختصاص القضاء التجارى اما الاجراءات الوقتية في خطاب الضمان من اختصاص القضاء المستعجل او الأوامر القضائية، وكذلك في انجلترا، وذلك فيما يتعلق بطلب وقف صرف خطاب الضمان مؤقتا الى ان يحكم موضوعيا في النزاع .

ولا تلتزم المحاكم في فرنسا ومصر باتباع المبادئ التي تقرها محكمة النقض ، الا ان ذلك في الممارسات قليل الحدوث جدا .

وإستقر القضاء في فرنسا على ان خطاب الضمان البنكي هو نظام خاص قائم بذاته ولا يندرج تحت أى مظلة من تلك التي ترد اليها العقود فالضامن في خطاب الضمان البنكي (أى البنك) انما ينفذ التزامه هو المباشر للمستفيد ولا يعفى البنك من التزامه بالصرف الا غش المستفيد البين .

وأصلت المحاكم مذهبها في اعتبار خطاب الضمان البنكي نظاما قائما بذاته برده الى المادة ١١٣٤ مدنى من القانون المدنى الفرنسي التي تقرر ان اطراف العقد احرار في تقرير ما يرونه بارادتهم وصياغة عقودهم على النحو الذى يحقق مصالحهم .

وتصدر خطابات الضمان في فرنسا عن البنوك واجاز القانون القرضى لبعض المؤسسات المالية وشركات الضمان التعاونية والبنوك التعاونية ولؤسسة المناقصات العمومية، اجاز

لهؤلاء، حق إصدار خطابات الضمان في النشاط المحلي ، وكذلك خَوَّلَهَا الحق في إصدار كفالات أو خطاب ضمان تأميني ضد إفسار المدين وذلك في صورة كفالة أو في شكل خطاب ضمان ، وسند هذه الممارسات هو القانون الصادر في ١٩ / ١٠ / ٣٦ والقانون الصادر في ١٤ / ١٠ / ٦٤ .

وحذّر القانون الصادر في ١٣ / ٧ / ١٩٢٠ على شركات التأمين إصدار بوالص تأمين الائتمان ولكن القانون الصادر في ٥٣ / ٢ / ٧ أجاز في المادة ٨٨ تأمين الدائن ضد افسار مدينه لعدم وفائه في الميعاد ولكن تأمين المدين غير جائز وفي حالة تأمين الدائن تحمل الشركة محل الدائن طبقا لاحكام القضاء وإن تعارض ذلك مع نص المادة ١٢٥١ / ٣ مدني فرنسي وهذا التأمين لا يعتبر كفالة .

وتقوم الجمعية الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية وهي مؤسسة حكومية بضمان الكوارث والمخاطر الغير العادية بالاشتراك مع البنك الفرنسي للتجارة الخارجية ويستوى أن تكون المخاطر لاسباب سياسية او مالية وتشمل مظلّتها تقديم ضمانات للمصدرين والمستوردين وحتى البنوك عند ممارسات الضمانات البنكية في التجارة الخارجية وما تقدمه هذه المؤسسة يعتبر كفالة مدنية طبقا لحكم محمة النقض الفرنسية الصادر في ١٤ / ١ / ٦٣ .

وخطابات الضمانات البنكية التي تصدرها البنوك الفرنسية تسابير العرف البنكي النولى في الإصدار والتطبيق والإنتهاء فالعلاقة بين البنك والمستفيد مباشرة ومستقلة عن علاقة الامر بالبنك أو بالمستفيد .

والشركات المالية المتخصصة في فرنسا (Financier Specialese) والقائمة منذ ١٩١١ تتعاطى اعمال الكفالة المحثوره على شركات التأمين بالنسبة للشركات التي تكونها او تشترك في نشاطها .

وهذه الشركات المالية المتخصصة ، يلزم عند انشائها الاكتتاب في رأس المال بالكامل ويلزم أن يكون لها تعاقدات مع الجهات الادارية والماليه التي تَسْتَعْمِلُها مثل الجمارك ،

والضرائب ويحدد ترخيص انشائها اوجه نشاطها والتي قد تشمل الوساطة التجارية في بيع سندات الحكومة والاسهم وتمنح القروض قصيرة الاجل ، وخصم الاوراق المالية واصدار الكفالات واصدار خطابات الضمان .

وتخضع هذه الشركات المالية المتخصصة لإشراف ورقابة الدولة وتلتزم بالاحتفاظ بحافظة أوراق مالية من الدرجة الاولى لدى بنك وذلك لضمان الحقوق المالية التي قد تستحق عليها كما تلتزم بالتأمين على التزاماتها بنسبة مقدارها ٩٠٪ من قيمتها لدى شركات تأمين الإئتمان والحصيلة بالنسبة لخطاب الضمان البنكي في فرنسا هي :-

اولا : منظم بالقانون وذلك باعتباره يُردّ الى الكفالة في التأصيل القانوني ويعتبر عقدا تحكمه القواعد العامة بالنسبة للعقود في القانون المدني .

ثانيا : الممارسات الفعلية واحكام القضاء أعملت مقتضى العرف البنكي الدولي واصبح خطاب الضمان بسماته المميزة له وأثاره مستقرا تماما ولم يعد هنا تردد في اعتباره فقها وقضاء وسيلة قانونية ذات طبيعة خاصة تختلف في أحكامها وطبيعتها عن عقد الوكالة او الكفالة تأسيسا على المادة ١١٣٤ والتي تقرر انه لا قيد على حرية اطراف التعاقد في ابتداء عقد خارج على القواعد العامة التي تحكم الضمان والكفالة .

ثالثا :يرد خطاب الضمان في إعمال مقتضاه الى ورقته وما ورد بها وهذا أمر مستقر ومعترف به كما تقول محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٧ / ١٢ / ١٩٥٢ والذي أكدت فيه ان خطاب الضمان أداة مستقلة وليست كفالة او أى نوع من انواع الضمانات الاخرى .

وهكذا حسمت المشكلة الاولى الخاصة بقيام خطاب الضمان باعتباره نظاما قائما بذاته ، اما المشكلة الثانية التي واجهت خطاب الضمان البنكي في فرنسا فهي التجرد عن السبب وكان السبب يرد الى عقد الأمر مع البنك ، او الى عقد الأمر مع المستفيد او الى كلاهما .

وذهب البعض الى ان السبب كامن في الدافع الاقتصادي الذي تتوخاه العلاقات المحيطة بخطاب الضمان والذي صدر هو لناسبتها، ونظر الى خطاب الضمان باعتباره نوعاً من التأمينات والضمانات التي تُرَدُّ الى العقد الاصلى ، ويؤدى ذلك الى ان يكون مقبولا فيه تقصى هذا العقد وإحكامه على خطاب الضمان عند المطالبة بصرفه للتأكد من أنه ليس عملاً غير مشروع واعطى ذلك القضاء الفرنسى حرية أوسع عند النظر فى طلبات وقف الصرف وكذلك عند النظر فى إبطال خطاب الضمان أو إلغائه تأسيساً على الغش أو التزوير أو الخطأ الخالغ فيه المستفيد أو الذى تم تعلّمه وتوسعت المحاكم الفرنسية فى اعتبار المستفيد مخطئاً أو سئ النية للتوصل الى إلغاء خطاب الضمان أو وقف تنفيذه ، وذلك على عكس القضاء الانجليزى الذى يحصن خطاب الضمان من الالغاء أو إيقاف التنفيذ المؤقت ويشترط لاعتبار المستفيد متورطاً أو عالمّاً بالغش أو التزوير شروطاً شديدة وان يكون الأمر واضح ومقطوع به.

احكام القضاء الفرنسى

أرست محكمة النقض الفرنسية فى احكامها الطبيعية القانونية لخطاب الضمان البنكى ، باعتباره وسيلة مختلفة عن الضمان العادى او الكفالة متميزة ومستقلة وذات طبيعة خاصة ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية ايضا بان البنك لا يضمن بمقتضى خطاب الضمان عميله الأمر عن تخلفه عن الوفاء بالتزاماته التعاقد به فى علاقته بالمستفيد او خطئه فى ذلك وقالت إنما هو التزام مباشر قبل المستفيد وعليه فالبنت المصنّر لخطاب الضمان لا يمكنه رفض الدفع على أساس دفاع مستمد من العقد الاصلى الذى ينظم علاقة الأمر بالمستفيد .

وقضت المحاكم الفرنسية ان النص فى خطاب الضمان - غير المشروط - على العقد الاصلى لا يؤثر على حق المستفيد فى الصرف او يضع على عاتقه أى التزام .

وتعتبر المحاكم الفرنسية أن المعروض عليها هو خطاب ضمان بنكي متميز عن الكفالة أو الضمان العادي ، ونو طبيعة خاصة ومستقلة من واقع دراستها لنصه وكلمات وتعبيرات هذا النص ولا تربطه بالعقد الأصلي إذا كان منصوص فيه بوضوح على التزام البنك بالدفع بمجرد الطلب وأنه غير مشروط .

إذا نص في خطاب الضمان على أي مستندات أو عبارات أو كلمات يفهم منها أنه غير مشروط إعتبرته المحكمة كذلك أما إذا تضمن القول بأن يكون الوفاء به من البنك أو الأمر فالقضاء الفرنسي يعتبره مجرد ضمان عادي وليس خطاب ضمان بنكي نو الطبيعة الخاصة..

حكم المحكمة التجارية في باريس ٨٣/٧/٨

وحكم بأن عقد الأمر بالبنك يعتبر في بعض الأحيان عقد وكالة وهذا في الواقع قد يتعارض مع طبيعة وأثر خطاب الضمان البنكي الذي فيه يكون البنك ملتزما مباشرة في مواجهة المستفيد وليس باعتباره وكيلًا عن عميله ، ولذلك يرى الفقهاء اعتبار هذا العقد بين العميل والبنك عقد خدمة بنكية وليس عقد وكالة .

حكم محكمة باريس ١٩٨٢/١/٢

ولا يلزم القضاء في فرنسا المستفيد في خطاب الضمان غير المشروط أن يقدم أي مستندات عند الصرف فهو منفصل عن العقد الأصلي ولا يلزم المستفيد أيضا بإثبات سبب الصرف أو هدفه اللهم الا مجرد تقديم الاوراق او المستندات المطلوبة عند الصرف طبقا لنص خطاب الضمان إذا كان مشروطا .

وحكمت المحاكم في فرنسا أيضا بأن خطاب الضمان البنكي غير مرتبط بالعقد الأصلي الذي صدر بمناسبة وأنه لا يمكن صرفه تأسيسا على علاقة أخرى من العلاقات المحيطة به .

حكم محكمة باريس ٨٣/٥/٢٥

وهذا الحكم من الاحكام التي توسعت في إعتبار المستفيد مخطئ وسى النية عند تقدمه

لصرف خطاب الضمان وكان نص الضمان قد تضمن الالتجاء الى التحكيم عند اى نزاع ورفع التحكيم فعلا قبل تقديم المستفيد للصرف واعتبرت المحكمة ان المستفيد قد أخطأ ولم يكن له حق فى صرف خطاب الضمان حتى يتم الفصل في التحكيم .

المحكمة العليا باريس ١٩٨١/٥/٤

وتقول اذا صدر خطاب الضمان مقابل من بنك فرنسى الى بنك اجنبى مقابل اصدار الاخير خطاب ضمان للمستفيد المحلى فلا يعد البنك الفرنسى مدينا للمستفيد وإنما للبنك المحلى وذلك اذ لم يكن معززا .

حكم النقض فى ١٠/١٤ /٨١

وفيه قضت محكمة النقض بعدم جواز الحجز على مبلغ الضمان من الامر تأسيسا على أنه نفذ التزامه فى العقد الاصلى المضمون بخطاب الضمان فى حين ان المستفيد يطلب صرف خطاب الضمان تأسيسا على ان التنفيذ وإن تم الا أنه لم يكن مرضيا .
والاحكام التى اوردناها منقولة عن كتابي :

١- (Norbet Horn & Eddy Wymeersch) ضمانات البنوك وخطابات الاعتماد المستندى
بالضمان فى التجارة الدولية

٢- كتاب موشيل رو (الضمانات وخطاب الاعتماد المستندى بالضمان)

المبادئ السائدة فى تطبيقات خطاب الضمان فى فرنسا

ويحكم الضمانات فى فرنسا قانون المديونية الصادر سنة ١٨٠٤ المجموعة المدنية مادة ٢٠١١ وتلك هى الضمانات التقليدية وهى غير الضمان البنكى غير المشروط والضمان

التقليدي في فرنسا متاح للإلتزامات المشروعة غير المخالفة للنظام العام بشرط الا يتضمن عقد الضمان شروطا أشد علي الضامن من تلك المقررة على المدين ويلزم تحديد مدى التزام الضامن والاشمَلْ كافة التزمّات المدين الاصلى ، وهو أصلا التزم ثاني لا يقوم الا بعد الرجوع على المدين الاصيلي وتجريده فإلتزامات الضامن هي ذاتها التزمّات المدين الا اذا كان هناك تضامن بينهما .

والضمان التقليدي عقد يلزم توافر أركانه أطرافا، وموضوعا، وسببا، وصحة شروط الانعقاد واهلية الالتزام كما يلزم ان تكون صياغته واضحة لاثبت فيها أو شك مكثفى بذاته اى بصكه نون الاحالة الى اوراق خارجية وللضامن كافة دفعود ودفاع المدين الاصيلى فى مواجهة الدائن .

ولكن خطاب الضمان البنكى فى التجارة النولية يختلف فى فرنسا تماما عن هذا الضمان التقليدي، ويلزم أن تكون صياغة خطاب الضمان البنكى واضحة الدلالة على انه ليس ضمانا تقليديا .

ولنأما هو التزم مباشر من البنك لمستفيد معين بالذات، ويلزم التحوط بعدم استعمال الكلمات والتعبيرات التى تُردّ عادة فى عقود الضمانات التقليدية مثل كلمة الكفالة او ان ينص فيه على انه صادر من البنك والعميل الأمر ، فهذا يفسده كخطاب ضمان بنكى قد تعده المحاكم ضمانا تقليديا حتى اذا نص فيه على النفع بمجرد الاطلاع او ان يكون صكه وورقته غير كافية بذاتها لإعمال مقتضاه او ان يقال فيه مثلا « ندفع لكم بمجرد الاطلاع مبلغ كذا اذا وافق عملنا فلان على ذلك » او يعد رجوعكم عليه أولا الالتزام يجب أن يكون مباشر ومستقل من البنك المصدر الى العميل مباشرة.

يراجع حكم محكمة باريس رقم ٨٣/٢٩٧ فى ٨٣/١/٢٦ .

وعادة ما يطلب المستفيد صياغة معينة لخطاب الضمان البنكى الذي يقبله طبقا للقواعد المقررة فى بلده. ولكن البنوك فى فرنسا لا تقبل مثل هذه الصياغة نون مناقشة عميلها

ومراجعته وتبصيره بمخاطر هذه الصياغة أو تناقضها وغموضها وتكاليفها الباهظة عليه ..
وذلك باعتبارها تقدم لعميلها خدمة بنكية والتزام البنوك في فرنسا باعطاء النصيحة هو التزام
قانوني عليها حتى ولو لم يطلب العميل ذلك ولكن القرار النهائي للعميل في قبول الصياغة من
عدمه وقد يكون خطاب الضمان البنكي في فرنسا مشروطا او غير مشروط علي النحو السابق
شرحه فلا يلتزم المستفيد إثبات صحة الورقة المستند المشروط تقديمه موضوعيا وكذلك البنك.

(حكم محكمة باريس رقم ٤٣٦ / ٨٢ في ٢ / ٦ / ٨٤)

ويلزم في فرنسا ان يكون خطاب الضمان البنكي مكتفيا بصكه غير مضاف الى اى صك
خارج عن ورقته يكون مرتبط بالعقد الاصلى الذى أقره .

" حكم محكمة باريس رقم ٧٩ / ٢٠٩ في ١٤ / ١١ / ٧٨ "

" حكم محكمة باريس رقم ٨٤ / ٢٠٣ في ١ / ٢٤ / ٨٤ .

ويلتزم البنك بالوفاء بخطاب الضمان ودفع قيمته عند طلبه من المستفيد إما بمجرد الطلب
او اذا اقترن الطلب باستيفاء الورقة المطلوبة لصرفه تحقيقا لشروطه والمنصوص عنها في
صلبه.

وليس للبنك اى حق في الاحتجاج بدفع ودفع عميله التابعة من عقد علاقته بالمستفيد
فعلاقته مع المستفيد مباشرة ومستقلة حتى لو نص في خطاب الضمان انه صدر بمناسبة
العقد المؤرخ ... كذا .. اذا ان ذلك باعث الامر لطلب الضمان وليس سببا لخطاب الضمان
المجرد عن السبب والمظهر من الدفع والبنك في فرنسا غير ملزم باخطار الامر بالصرف وان
كانت البنوك واقعا تفعل ذلك .

ويلتزم الامر بتعويض البنك اذا صرف المستفيد خطاب الضمان بصرف النظر عن حق
المستفيد في الصرف طالما أن المطالبة كانت مستوفاة شكلا وللامر ان يرجع على المستفيد
طبقا لعقدهما .

رفض الدفع من البنك

وطبقا لما هو جارئ عليه احكام القضاء يلتزم البنك بعدم الصرف والا فَقَدَ الحق في الرجوع على العميل بشرط " ان يكون هناك غشا فاضحا من المستفيد في طلب " " الصرف يَسْهُلُ على البنك ادراكه "

فاذا طلب مستفيد صرف خطاب الضمان تأسيسا علي ان البضاعة لم تصله وقدم العميل للبنك شهادة من بلد المستفيد مقطوع بصحتها بأن المستفيد إستلم البضاعة من الجمارك فان البنك هنا في رأى القضاء والفقه يلتزم بعدم الصرف دون إقحام نفسه في الموضوع حتى يحكم في النزاع، أو اذا كانت المطالبة بقيمة خطاب الضمان من المستفيد في بلد اجنبي وكان من الواضح المقطوع بها طلب الصرف بوافع سياسية، أو اذا كان هناك خلاف معروض على التحكيم حول علاقة الأمر بالمستفيد حول خطاب الضمان وطلب المستفيد الصرف بعد قيام التحكيم وقبل الفصل فيه، أو اذا كان العقد الاصلى قد أنهته المحكمة تأسيسا على خطاب المستفيد .

ويلاحظ أن البنك يأخذ قراره تحت مسؤوليته الا اذا لجأ الأمر الى طلب أمر بإيقاف الصرف بايحاء من البنك والبنوك الفرنسية أقل رغبة او حرصا على صرف الضمان من البنوك الانجليزية او الامريكية والتي تحترم الى أبعد مدى التزام البنك بالصرف الا في الاحوال النادرة ويشروط صعبة .

وقف الصرف في فرنسا

وقف الصرف في فرنسا له وسيلتين :

الأولى :

الالتجاء من الأمر أو البنك أو من كلاهما الى القاضى المستعجل بطلب وقف الصرف للمستفيد مؤقتا وحتى تمام الحكم فى النزاع الموضوعى لفش المستفيد أو إساءة استعمال حقه.

(والقضاء فى فرنسا متساهل فى ذلك سواء ضد البنوك الاجنبية او المحلية .. وغالب ما تلقى هذه الاوامر استثنائيا ويكون الامر قد استوفى غرضه من تعطيل الصرف ، وهدم فاعلية خطاب الضمان .

الثانية :

الحجز تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان ويؤصل ذلك على ان المستفيد وقد طالب بالصرف فعلا فان البنك بمجرد الطلب يصبح مدينا للمستفيد بقيمة الضمان التى مازالت فى ذمة البنك وان يتم الوفاء بها والامر يؤسس طلب حجزه التحفظى على انه طبقا لعقده مع المستفيد هو دائن له سواء بمبلغ الضمان او باكثر منه ولذلك فمن حقه ان يحجز تحفظيا تحت يد البنك على دين مستحق فى ذمة البنك لدينه .

ومن الواضح ان الامر يلزم ان يقدم طلبه بعد طلب الصرف للمستفيد لانه قبل ذلك لا يكون المستفيد دائن للبنك طبقا لمفهوم خطاب الضمان البنكى .

ويلاحظ انه فى حالة الضمان المقابل الصادر من بنك فرنسى لمصلحة بنك اجنبى هو الذى أصدر محليا خطاب الضمان للمستفيد يكون البنك الفرنسى مدينا للبنك الاجنبى وليس للمستفيد فلا تصح وسيلة الحجز التحفظى عليه الا اذا كان ملتزما هو ايضا للمستفيد مع البنك الاجنبى فى حالة التعزيز ، ويكون للمستفيد الرجوع على احدهما فاذا كان قد رجع على البنك المحلى فلا مال له فى البنك الفرنسى للحجز عليه وطلبه من البنك الفرنسى لا يمنعه من الرجوع على البنك الاجنبى اذا لم يكن قد صرف فعلا ويصعب على الامر ان يحجز على البنكين تأسيسا على الواقع العملى أو لعقبات قضائية وقانونية متعلقة بالاختصاص وخلافه.

وكذلك لا تصلح وسيلة الحجز فى خطابات الضمان غير المشروط الذى وافق فيه العميل ابتداء ، وفى خطاب الضمان، على عدم حقه فى الاعتراض على الصرف لاي سبب من الاسباب خارجه عن شروط الضمان ذاته الثابتة فى ورقته..

١ - حكم النقض الفرنسي في ١٤/١٠/٨١ " القضية ٣٠١ / ٨٨٢ "

٢ - حكم محكمة باريس ١٩٥٥ / ٨١ في ١٣ / ٥ / ٨٠ "

وإذا ما صدر امر الحجز يودع المبلغ في حساب خاص مجمد لا يجوز المستفيد صرفه او تحويله للخارج وينهى ذلك خطاب الضمان البنكي بالنسبة للبنك ويسوى البنك علاقته في خصوصه بالأمر سواء بالنسبة للقطاع أو لقيمة الضمان المنصرف أو المصاريف أو العملات وإذا حكم للأمر موضوعيا يرد المبلغ لحسابه .

منازعات خطاب الضمان البنكي

فى فرنسا

من الطبيعى ان تتناول المنازعات سواء أكانت تحكيمات او قضايا وفيها أكثر من وجهة نظر بالنسبة لأطرافها أو البنوك أو الحكم الصادر فيها ، وهى تدور حول مفهوم خطاب الضمان البنكي دوليا فى البلاد والقوانين المختلفة .

وهذه المتابعة أساسية ولازمة فدراسة خطاب الضمان البنكي فى التجارة الدولية ليست فى المقام الاول دراسة فقهية ولكنها دراسة ممارسة عملية هذا إلى جانب الاحكام والسوابق القضائية ونظرة المتعاملين لاحكام خطاب الضمان سواء المستفيد أو الأمر أو محاموا كل منهما . ذلك هو الذى يشكل الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان البنكي فى العرف الدولي المنشئ لخطاب الضمان البنكي من حصيلة هذه المذاهب والآراء والاحكام .

سنة ١٩٨٢ قام وكيل مبيعات لشركة سويدية في فرنسا بتقديم عرض لشركة فرنسية بشراء معدتين وفي سنة ١٩٨٣ تم التعاقد على المعثنتين واتفق على أن يحكم العلاقة القانون الفرنسي وأن تختص بالتحكيم في أي نزاع . I.C.C.

وإعمالا لهذا الاتفاق كلف الجانب السويدي بنكه في فرنسا بإصدار خطابين ضمان غير مشروطين مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع للشركة الفرنسية المشتري بقيمة قدرها ٥٠٪ من التعاقد وذلك كضمان تنفيذ وجدية تعاقد ، وأجل الضمان سنة تبدأ من تاريخ تشغيل الآلتين.

وفي يوم ١٩ / ٧ / ١٩٨٤ تم التوريد . - وفي الشهر التالي (أغسطس ١٩٨٤) صرفت الشركة الفرنسية قيمة الضمانين ٢٠٠ ألف فرنك سويسري لأنها لم ترضى عن المعثنتين - ورفع التحكم وقالت الشركة الفرنسية ان احد الماكيتتين غير مطابقة للمواصفات التعاقدية، وأن عملية التشغيل تأخرت، وطلبت استرداد رسوم الاستيراد والمصاريف التي انفقتها في التجربة.

وطالبت الشركة السويدية استرداد مصاريف السفر والإقامة ودفع فواتير الاعمال التي تمت في فرنسا واسترداد قيمة غطائي خطاب الضمان والفوائد بواقع ١٢٪.

وهدر حكم التحكيم وهو يقضى برد قيمة خطابي الضمان ودفع بعض الفواتير التي قدمها الجانب السويدي بالاضافة إلى الفوائد القانونية طبقا للقانون الفرنسي، كما الزم الجانب السويدي أن يدفع للجانب الفرنسي تعويضا عن بعض رسوم الاستيراد وبعض المصاريف. وقرر الحكم ان تُدفع مصاريف التحكيم بواقع الثلث على الجانب السويدي والثلثين على الجانب الفرنسي .

تعاقدت شركة ايطالية على اقامة مشروع في العراق، وأسندت ذلك من باطنها الى مصنع فرنسي من خلال شركة فرنسية والتزمت الشركة الفرنسية بتقديم ضمان بالتنفيذ للشركة الإيطالية، وأمرت بنكها في فرنسا بذلك والذي كلف بنك إيطالي بإصدار خطاب الضمان المطلوب للشركة الإيطالية، مقابل خطاب ضمان منه للبنك الايطالي، ثم أفستت الشركة الفرنسية وطالب البنك الايطالي بصرف قيمة خطاب الضمان المقابل، إعترض على ذلك الأمر وطلب من محكمة فرساي تجميد دفع خطاب الضمان تأسيسا على أن البنك الإيطالي لم يقدم ما يدل على أنه صرف قيمة الضمان للشركة الإيطالية. وحكمت محكمة فرساي بالتجميد قاطبة انه يلزم على الأقل ان يكون هناك دليل على ان البنك الايطالي قد صرف الضمان .

وهذا النظر لا مجال له في القضاء الانجليزي فهو يحترم الى أبعد الحدود مبدأ إندعام السبب وإستقلال الضمان والقضية في ساحة القضاء الانجليزي مرفوضة .. ولذلك ففرصة الأمر في المنازعة اوسع في القضاء الفرنسي منها في القضاء الانجليزي الذي فيه فرصه المستفيد أقوى .

حكم محكمة باريس التجارية في ٨٥/٦/٢٥

قدم مقال فرنسي خطاب ضمان غير مشروط لمستفيد ليبي من خلال البنك المراسل له المحلى في ليبيا وقدم البنك الليبي خطاب ضمان مقابل وطلب المستفيد الليبي صرف خطاب الضمان من البنك المحلى، الذي طلب بدوره صرف الضمان المقابل من البنك الفرنسي، وإعترض البنك الفرنسي على الصرف وأشرك الأمر في ذلك، ورفع دعوى بتجميده امام محكمة ببائيس التجارية «وإحتج كلاهما « الأمر والبنك الفرنسي » أن التأخير في التنفيذ يرجع سببه الى أن الجانب الليبي لم يدفع قيمة الاعمال الزائدة ورفضت المحكمة طلب التجميد تأسيسا على ان سلوك المستفيد والبنك الليبي لا يرتقيا الى درجة الخطأ الموجب لوقف صرف خطاب الضمان .

حكم محكمة باريس التجارية في ٨٥/٧/١٢

سنة ١٩٧٨ تعاقدت شركة فرنسية على اقامة طريقين في دولة رواندا وأصدر البنك الاهلي الباريسي خطاب ضمان غير مشروط لصالح البنك الروندي مقابل خطاب ضمان من الاخير بنفس القيمة لصالح الحكومة الرواندية .

وبدأ الخلاف سنة ١٩٨١ وسارعت الشركة الفرنسية بالحصول على أمر من محكمة باريس التجارية بمنع البنك الاهلي الباريسي من الدفع مؤقتا تحوطا للتحكيم الذي كان متفقاً على اسناده (I.C.C.) وحكم له إبتدائيا بذلك .

وفي ١٨/٧/١٩٨١ طالبت رواندا بمبلغ ٢٠ مليون فرنك فرنسي دفعها البنك التجاري الرواندي وطلب صرف الضمان القابل من البنك الاهلي الفرنسي ورفض الاخير الصرف أولا ثم بعد الغاء محكمة استئناف باريس حكم وقف لصرف قام بالدفع للبنك التجاري في رواندا ، ورفع البنك التجاري في روندا دعوى امام محكمة باريس التجارية مطالبا بالفوائد والاضرار الناتجة عن تأخير الدفع ضد البنك الفرنسي وعميله وحكمت المحكمة بمبلغ ٣ مليون فرنك تعويض على الشركة الفرنسية ورفضت الدعوى ضد البنك الفرنسي لان إمتناعه عن الصرف كان تأسيسا على حكم تم الغائه ووقع فور الإلغاء .

حكم محكمة ليون الفرنسية ٢٩ / ٤ / ١٩٨٥

باعت شركة فرنسية حبوبا لسوريا وصدر لصالح الجانب السوري خطاب ضمان غير مشروط من البنك السوري، اصدره مقابل خطاب ضمان من البنك الفرنسي وطالب الجانب السوري بصرف الضمان المقابل تأسيسا على انه صرف للمستفيد لمخالفة الحبوب المشحونة لشروط العقد .

ووقع النزاع الى محكمة ليون الفرنسية التي اصدرت حكمها في ٢٩/٤/١٩٨٥ بتجريد صرف الضمان المقابل للبنك السوري تأسيسا على غشه وان الشهادات المقدمة منه باطلة .

وكان الجانب الفرنسي قد قدم شهادة مراجعة من خبير فني قبل الشحن تؤكد ان الحبوب شحنت ومتوافر فيها جميع المواصفات التعاقدية .

الحكم الصادر من هيئة التحكيم

(I.C.C) رقم ٤١٢٦ في ١٦ / ٣ / ١٩٨٤

وهذا الحكم يؤكد المبدء القائم في القضاء من أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع الخصوم من الالتجاء الى القضاء المستعجل لوقف الصرف لخطاب الضمان البنكي الى ان يتم الفصل في النزاع أو اخذ أمر قضائي بذلك .

وتتحصل وقائع النزاع في أن شركة فرنسية تعاقدت سنة ١٩٧٨ مع وزارة اشغال افريقية على انشاء طريق . واتفق على تحكيم القرعة التجارية الدولية في باريس I.C.C. والتزمت الشركة الفرنسية بتقديم خطاب لضمان التنفيذ وأمر بنك فرنسي باعطاء هذا الضمان الذي وكلّ ذلك الى بنك محلي وهذا اصدر خطاب الضمان المطلوب مقابل خطاب ضمان مقابل من البنك الفرنسي .

وفي سنة ١٩٨١ بدأت الشركة الفرنسية اجراءات التحكيم ضد وزارة الاشغال الافريقية تأسيسا على ما تدعيه من إخلال الاخيرة بالتزاماتها التعاقدية وحتى تمنع الحكومة الافريقية من صرف خطاب الضمان لجأت الى المحكمة التجارية في باريس طالبة وقف صرف خطاب ضمان التنفيذ الى ان يتم الفصل في التحكيم في النزاع ويصدر لها هذا الامر ولكنه الغى إستئنافيا وأخطر البنك الفرنسي لنفع قيمة خطاب الضمان المقابل للبنك الافريقي في ١٩٨٢/٣/٢٥ وطلب من هيئة التحكيم اصدار حكما وقتيا مستعجلا ضد الجانب الافريقي باعادة قيمة خطاب الضمان (٢٧ مليون فرنك + الفوائد) .

وقضت هيئة التحكيم برفض الطلب مؤسسه قضائها على أنه من الخطأ التعرض للحكم النهائي في هذا الموضوع الصادر من محكمة الاستئناف في باريس والمؤسس على اسباب

صحيحة وذلك إعمالاً لمبدأ عدم السماح للمدعى بتكرار ذات الطلبات امام هيئات قضائية مختلفة طالما لم يجد جديد أو تغيرت الظروف والا دخلنا فى دائرة مفرغة وقضت برفض المُلَظِّب السابق الفصل فيه من محكمة استئناف باريس ونوهت هيئة التحكيم ان هذا لن يؤثر على قضائها فى موضوع التحكيم عند نظره .

حكم محكمة باريس ١٩٥٥ لسنة ١٩٨١ فى ١٣ / ٥ / ٨١

وحكم محكمة باريس رقم ٤٩٧٨٢ فى ٥/٥/١٩٨٢

أصدرت شركة فرنسية ضمانا لتنفيذ تعاقدھا خطاب ضمان بنكى غير مشروط لشركة فى جنوب افريقيا تأسيسا على عقد بينهما بتوريد وتركيب مصنع وقام خلاف بينهما ، وتقول شركة جنوب افريقيا أن التنفيذ لم يتم على المستوى المطلوب تعاقديا - وتقول الشركة الفرنسية ان لها دفعات لم يتم الوفاء بها فى مواعيدها .

وطالبت الشركة الفرنسية وبنكها وقف صرف خطاب ضمان التنفيذ تأسيسا على ما إدعته من ان لها أقساط لم يتم سدادها .. ورفضت المحكمة ذلك مؤسسة حكمها ان الشركة الفرنسية تخلط فى العلاقات بين عقدها مع الجانب الافريقى وخطاب الضمان وهى لا تستطيع إستيفاء قيمته أو حجزها وفاء لدين لها تابع من العقد الاصلى .

هذا علاوة على أن البنك المصدر كان مفروضا فيه الا يقحم نفسه على اى اجراء ، بل ان حماية سمعته وسمعة الدولة تقضى عليه ان يُعْمَل مقتضى التزامه فى خطاب الضمان غير المشروط .

حكم محكمة باريس ٤٣٦ لسنة ٨٣ فى ٢١/١/٨٢

وحكم محكمة باريس ٢٠٣ لسنة ٨٤ فى ٢٤ / ١ / ٨٤

المطالبة بالضمان التى تتبع وترد الى خطاب الضمان البنكى ذاته بناء على العقد الاصلى الذى أفرزه، لايمكن استرداد قيمته بناء على علاقات سابقة او لاحقة لهذا العقد وخارجة عنه.

تحكيم رقم ١٩٢٢ فى (I.C.C.) بين شركة (Alotifronch) وحكومة امريكا اللاتينية

فى سنة ١٩٧٧ وقَّعت شركة فرنسية عقد إنشاء طريق لحد حكومات لول أمريكا اللاتينية وقدمت خطاب لضمان التنفيذ للحكومة والتزمت بأن أى اصلاح ضرورى سوف يكون على نفقتها اذا ما ظهرت اى عيوب فى الطريق فى خلال سنة على الاكثر من تاريخ التسليم وكانت قيمة خطاب الضمان ٢,٥ ٪ من قيمة العطاء وتم التسليم الابتداء فى ١٩٧٩/٥/٢٢ وكان الضمان سارى حتى ١٩٨٠/٥/٢١ . وقدمت الحكومة فى ٢٣ /٥/٧٩ أى اليوم التالى للتسليم خطاب ضمان مقابل ينتهى فى ١٩٨٠/٥/١٠ وكان مقرا للشركة حق المراجعة والتفتيش على الطريق من تاريخ التسليم وحتى انتهاء الضمان لاصلاح اى نقص او خطأ واستمرت الشركة الفرنسية تشرف على الطريق حتى ١٩٨٠/٤/٨ أى بعد تاريخ التزامها باصلاح أى اخطاء المحدد لنهاية ١٩٨٠/٣/٢١ .

وفى ١٩٨٠/٤/١٨ طلبت الشركة الفرنسية من الحكومة أمرا كتابيا بأى أعمال إضافية أو إصلاحات بعد هذا التاريخ . وفى ١٩٨٠ / ٤ / ٢٤ ارسلت الحكومة للشركة بالاعمال التى طلبها بأمر كتابى مؤرخ ١٩٨٠/٥/٢ وهو يتضمن نواقص يقع اتمامها على عاتق الشركة الفرنسية وأعمال جديدة إضافية يلزم ان تتحملها الحكومة . وفى ١٥ / ٨ / ١٩٨٠ أخطرت الحكومة الشركة بانها أمرت البنك بصرف خطاب الضمان المقدم من الشركة والذى ينتهى فى ١٩٨٠/٥/٢١ وكان ضمان الحكومة المقابل قد انتهى فى ١٩٨٠/٥/١٠ . وردت الشركة ان النواقص كان يمكن اتمامها اذ لم تكن الحكومة قد تقدمت بأعمال جديدة في بحر الأجل أى قبل ١٩٨٠/٣/٢١ ومع هذا قامت الشركة بالاصلاحات المطلوبة فى ١٩٨٠/٥/١٥ وانتهت فى ١٩٨٠/٥/٢١ وطالبت الحكومة برد قيمة خطاب الضمان الذى كانت قد صرفته وقضت هيئة التحكيم على الحكومة برد قيمة الضمان وقيمة الاعمال الاضافية.

يراجع ايضا حكم باريس فى ٨٣/٤/٢٦ قضية ٨٤/٩٢/٢٥٣/٤٨ فى ١٩٨٤/١/٢٤ ، ٢٠٣ لسنة ١٩٨٤ .

ومحصلتها ان الأمر بوقف تنفيذ الصرف انما مناطه منع البنك من الدفع المؤقت على اساس انه هناك خطأ من جانب المستفيد.

حكم محكمة باريس في القضية ١٤/ ٨٦ بتاريخ ١٩٨١/١/٧

في سنة ١٩٨٠ تعاقدت ثلاث شركات فرنسية على انشاء مطار في جاكرتا مع الحكومة الاندونيسية وأسندت الشركات الثلاثة الى شركة فرنسية رابعة بعمل الإنشاءات اللازمة لمطار بالبتروول وقدم الما قول من الباطن للشركات الثلاث خطاب ضمان غير مشروط لضمان التنفيذ وقام خلاف وطلبت الشركات الثلاث صرف قيمة خطاب الضمان ولجأ الما قول من الباطن الى القضاء طالبا وقف الصرف مؤقتا ويحث المحكمة طبيعة خطاب الضمان وهل هو ضمان عادي أو غير مشروط وقالت ان هذه الطبيعة لن تتضح الا عند نظر الموضوع ولذلك فالأمر بوقف الصرف ضروري .

وفي قضية اخرى لخطاب ضمان صادر من بنك سويسري لبنك سوري طلب الاخير قبل انتهاء أجله إما التجديد او الصرف وقبل انتهاء أجل الضمان أفلس المورد الفرنسي وقالت محكمة الاستئناف الفرنسية ان مطالبة البنك السوري لم تكن قاطعة بالصرف او نهائية وعلى ذلك فلم يكن البنك السويسري ملزما بالنفع وجاءت المطالبة التالية بعد انتهاء أجل الضمان واستحالة صرفه .

حكم (I.C.C.) في ١٢/ ٨٦/ ٢٣ قضية رقم ٥٢٠٤

وتتحصل وقائع هذا النزاع في ان شركة اسبانية باعت في سنة ١٩٨٤ ٣٠ ألف طن متر من الاسلاك الحرارية لشركة نمساوية بسعر ٢٣١ دولار للطن وكان البيع فوب وعلى شحنتين عشرة آلاف طن ثم عشرين ألف طن وبفع الثمن عن طريق إعتما د مستندي معزز غير قابل للإلغاء أو التعديل، قدم البائع خطاب ضمان بقيمة قدرها ٣٪ من الصفقة غير مشروط لضمان التنفيذ والتزم المشتري بالنقل وتأجير المراكب بشروط الا يكون ميناء الوصول في اسبانيا او أمريكا .

صدر خطاب ضمان تنفيذ الدفعة الاولى وتسلمه المشتري ولكنه رفض تحديد المركب التى سوف تشحن حتى يتسلم خطاب ضمان الدفعة الثانية واستجاب البائع لذلك .

وعندما تقدمت الشركة البائعة لصرف ثمن الدفعة الاولى رفض البنك الصرف لتناقض المستندات فباعت الشحنة الى شخص ثالث ذلك ان البيع كما اسلفنا كان فوب والمركب التى ربطها المشتري كانت سوف تتوجه لليابان ولم ترغب الشركة البائعة فى الشحن على هذه المركب لذلك رفض صرف الثمن من الاعتماد .

صرف المشتري خطاب الضمان ورفع البائع تحكيما مطالبا برد قيمتها تأسيسا على انهم كانوا سوف يصابون بضرر لو شحنوا الى اليابان وقدموا اوراقا تدل على أنهم فى مفاوضات العقد طلبوا عدم الشحن لليابان ايضا، ولكن ذلك لم ينص عليه التعاقد وحكم بان المشتريين كانوا على حق فى صرف ضمان التنفيذ .

خطاب الضمان البنكي في

بلجيكا ولوكسمبورج

لم يُدرَس خطاب الضمان البنكي في بلجيكا تفصيلا حسب قراءتنا ، وأشارت المراجع الى الضمان على وجه العموم قبل ذلك في المراجع التقليدية بون تحليل او تأصيل وعدته ضمن التأمينات ، ثم بعد ذلك فرقت بين عقد الضمان وعقود التأمين الاخرى بالنسبة لاستقلاليتها بوصفه تعهدا يغطي اضرارا في حدود معينة .

ولم تكن صياغة الضمان واضحة خاصة عند نقلها عن لغة اخرى لذلك صعب احيانا تمييزها عن عقود التأمين وذهب بعض الشراح الى اعتبار العقد ضمانا اذا ما تضمنت صياغته شروط الدفع بمجرد الاطلاع او عند الطلب، خاصة اذا كنا بصدد معاملة دولية الأطراف مقطوعة الصلة بالعقد الاصلى الذي صدر بمناسبته الضمان ومستقلة عنه .

واذا كان ذلك عمليا من الصعب تحقيقه لان خطاب الضمان غالبا ما يتضمن في نصه إشارة الى العقد الذي صدر بمناسبته وهذه الاشارة قد تؤدي الى ربطه بالعقد الاصلى في حين يكون المقصود منه استقلاله وانفصاله عن هذا العقد ، والنص على ان الضامن (البنك) مسئول بالتضامن مع الامر بقطع بنوعية هذا الضمان فالتزام الضامن (البنك) في خطاب الضمان لا يمكن ربطه بالتزام الامر إذا نص في خطاب الضمان انه غير ومشروط وغير قابل للرجوع فيه ، فهذا يؤكد طبيعته كخطاب ضمان بنكي بالمعنى المستقر في العرف البنكي الدولي ويبدأ لنا ان القانون في بلجيكا وكيف خطاب الضمان البنكي علي انه عقد ، ومن المقرر في الضمان ان مسئولية الضامن اذا رغب الاطراف في حرمانه من استعمال دفع المدين المضمون فيلزم النص على ذلك في عقد الضمان فالقانون يسمح للضامن الذي أوفى بالمدين ان يتنازل عن حق الرجوع على المدين الاصلى .

والعبارة في قيام خطاب الضمان من عدمه انما يرجع أساسا الى صياغته وكلماته فهي التي تحدد طبيعته سواء مشروطاً أو غير مشروط وكذلك مدى استقلاله عن العقد الاصلى.

حكم محكمة بروسيا ١٩٨٣/٤/٢٨

اعطت المحكمة اهمية كبيرة في تحديد طبيعة الضمان اذا تضمن نصه الدفع بمجرد الاطلاع خاصة في المعاملات الدولية .

حكم محكمة بروسيا في ١٩٨٣/٤/٢٨

قضت المحكمة بأنه اذا كان الضامن مسئولاً مسئولية مستقلة فلا يقبل اعتباره في ذات الوقت مسئولاً مع المدين الاصلى .

حكم محكمة انتهرب في ١٩٨٢/١٠/١٥

اذا أقر الضامن بمسئوليته المستقلة المشروطة في نص ورقة الضمان فهذا يؤكد انه قصد ابرام خطاب ضمان .

تراجع هذه الأحكام في كتاب هورن (Bank Guarantees and Stand by letter of credit and Proformance Bonds in the International Trade)

ليس في التشريع المدنى في لوكسمبرج تعريفا لخطاب الضمان البنكى النظيف أو المشروط . ولكن طبيعته الخاصة ونوره في التجارة الدولية معترف بهما امام المحاكم وفرصة الحصول على أمر بوقف الصرف لخطاب الضمان البنكى غير المشروط في لوكسمبرج هي في حالتى ألفش وأسامة استعمال الحق او التعسف في استعماله من المستفيد.

والمحاكم لاتتساهل في الأمر بوقف صرف الضمان ومناطه لديها ان تتوافر الادلة القاطعة على غش المستفيد او تعسفه في استعمال حقه في الصرف وفي الحالات التي يكون فيها ضمان مقابل من البنك الأجنبى للبنك الأمر المحلى الذى اعطى المستفيد خطاب الضمان تشترط المحاكم ان يكون البنك متورط في الغش او عالم به وتُعسَفُ المستفيد في الصرف

لتأمر بوقف التنفيذ .

وكثيرا ما يعبر بتعبير ألحجز بمعنى ايقاف الصرف، وتقابوم البنوك أوامر الايقاف حفظا لسمعتها الدولية وتأكيدا لاحترامها لإلتزامها مع المستفيد وحتى لا تتأثر تعاملاتها في بلد المستفيد، مما قد يؤدي الى استبعادها عند طلب خطاب الضمان، وعادة يشترط المستفيد في العقد الاصلى مع الأمر ان يكون خطاب الضمان صادر من بنك معين او مقبول منه .

وهدف أمر ألياقاف المؤقت هو انتظار الحكم فى موضوع النزاع على صرف الضمان خاصة إذا كان من الواضح ان الرجوع على المستفيد لا جدوى منه اذا صرف قيمة الضمان ، وكذلك لتجنب تحويل قيمة خطاب الضمان الى بلد اجنبى والتي قد ينعقد لها الاختصاص القضائى فى الموضوع وتختلف فيها القوانين بالنسبة لسيولة التحويلات النقدية ورقابة النقد اى ان مناط الأمر وإمكان الحصول عليه يلزم ان يتوافر له : -

(١) غش المستفيد او اساءة استعمال حقه وموضوع الغش نتناوله فى الفصل الثامن - ولكننا وجدنا أن نحصله هنا عند دراسة خطاب الضمان فى كل بلد على حده ليكون أقرب فهماً

- وفى الفصل الثامن نتناول مفهوم الغش على وجه العموم .

(٢) علم البنك بذلك او تورطه فيه فى حالة وجود ضمان مقابل .

(٣) احتمال عدم استرداد قيمة خطاب الضمان اذا حول للخارج .

(٤) تعرض الأمر لمخاطر لا يمكن تداركها اذا تم الصرف للمستفيد اى ضرر جسيم لا يمكن تداركه اذا قضى موضوعيا للأمر .

خطاب الضمان البنكي

في سويسرا

ينهج القانون السويسري منهج القانون الألماني في التفرقة بين تأمين الدين وضمانه ، والضمان التقليدي يُلزَم فيه الضمان بالتزامات المدين الأصلي وهو ضمان ثانٍ .

فإذا كان المستهدف مصلحة المستفيد في المقام الأول نكون بصدد ضمان وليس كفالة، أما إذا كان الهدف هو مصلحة المدين الأصلي فنكون بصدد كفالة، وإذا تنازل الضامن عن استعمال دفع المدين المكفول في مواجهة المستفيد فانه يصعب اعتباره كفاله .

حكم محكمة جينيف في ١٩/١/١٩٧٩ يراجع هورن

وحكمت محكمة جينيف بأنه إذا نص صراحة على ان المقصود هو كفالة التزامات المدين الأصلي فلا يلتفت الى استبعاد حق المستفيد في استعمال دفاع وفروع المدين النابعة من عقده مع الدائن .

والضمان التقليدي في القانون السويسري طبقاً لنص المادة ١١٠ من المجموعة المدنية هو عقد (Porte Fort) يقوم التزام الضامن فيه أحياناً ومستقلاً .

وقد قام خلاف حول طبيعة هذا العقد وهل هو كفالة أو ضمان فإذا كان الضامن قد إلترزم بضمان وفاء المدين لدينه فهل نحن بصدد ضمان أو كفالة ؟ -، قد لا يعتد بها لخطأ في الصياغة طبقاً للمادة ٤٩٢ من المجموعة المدنية السويسرية والمناقشة هنا حول الضمان العادي .

قالت المحكمة أن اطلاق الأخذ بالقاعدة التي تقول أنه عند عدم وضوح النص يكون العقد ضمانا اذا كان للضامن مصلحة خاصة في إلتزامه ، فيه مساس بمبدأ حرية التعاقد ، فاذا كان إلتزام الضامن ليس بمبلغ معين من المال وإنما هو ضمان لإلتزام المدين فيكون العقد عقد كفالة للمدين الاصلى والمحكمة اخذت هنا بمفهوم عقد (Porte Fort) وعند غموض النص يعد العقد كفالة فذلك أخف عبئا على المدين .

وأشار هذا الحكم الى عديد من الاحكام ذهب بعضها الى أن مصلحة الاطراف قد تتحقق في عدم وضوح النص لأن ذلك يتيح للمحكمة البحث عن حقيقة ما قصدوا اليه فعلا .

ومن الصياغة المتعارف عليها في خطابات الضمان البنكية الدولية يكون من المقبول اعتبار الاطراف قد قصدوا الضمان وليس الكفالة .

وتصدر خطابات الضمان في سويسرا غالبا من البنوك ومصدرها أساسا هو العرف والممارسات البنكية ولا ترد الى اساس تشريعي مباشر وينظر اليها باعتبارها علاقة تعاقدية .

يحكمها القانون الفيدرالي لمجموعة الإلتزامات وهو يحكم انواع اخرى من الضمانات طبقا لنص المادة ٤٩٢ والتي لا تكون تحت طلب المستفيد، ولا تطبق القواعد التفصيلية الخاصة بهذه الضمانات الاخرى على خطاب الضمان البنكى وإنما يبق فقط محكما وخاضعا لمظلة قانون الإلتزامات .

وخطاب الضمان البنكى في سويسرا قد يكون مشروطا صرفه بتقديم ورقة أو سند منصوص عنها في صكه ، ولكنه غالبا ما يكون غير مشروط مستحق بمجرد طلب المستفيد في اجل الضمان .

ونحصل التكييف القانونى لخطاب الضمان البنكى في سويسرا وفقا لما قرره احكام المحاكم والشرح بانه نابع من ارادة اطرافه ذو طبيعة خاصة لايمكن إدراجه تحت اى

مجموعة من العقود فى التقسيمات القانونية وهو يظل تحت مظلة قانون الالتزام باعباره عقد ضمان لا يلزم فيه توافر التفاصيل الواردة بالمادة ٤٦٨ . - إما بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة، أو أنه من طائفة العقود غير المسماة. ويجد سنده فى ذلك فى نص المادة ١١١ كما ذهب بعض الشراح وهى التى تحدثت عن العقود غير المسماة (Porte Fort Contracts) او ذات الطبيعة الخاصة (Sui Generis) وهى تلك العقود التى يُعترفُ بها ويُعملُ بمقتضاها لانه ليس هناك نص فى القانون يقف حائلا دون ذلك وهى فى ذات الوقت غير مندرجة تحت أى طائفة من أنواع العقود المسماة ولان القانون لم يقرر لها قسم ترد اليه .

ومازال القانون السويسرى يطلب توافر السبب لخطاب الضمان ولكنه يكتفى بالقول بان السبب كامن فى رغبة الطرفين توفير ضمان لتنفيذ الالتزامات المتبادلة فى العمل التجارى الذى صدر بمناسبته .

وقد اشرنا الى حالات غموض النص الذى قد يتعذر معه اعتبار السند خطاب ضمان بنكى يفرض التزاما مستقلا على البنك وغير مرتبط بالعلاقات المحيطة به فى علاقة مباشرة بين البنك والمستفيد، ذو طبيعة شخصية وغير قابل للتداول كما يتعذر اعتباره مجرد كفالة او تأمين للداش بضمان وفاء المدين بالتزاماته ومرتبط بالعقد الاصلى بين الامر والمستفيد والبنك التمسك بكافة الدفاع والدفع التابعة من العقد الاصلى لعميله قبل المستفيد .

وعند النظر فى مثل هذا النص الغامض يسترشد القضاء بالاتي :-

اولا : دلالة العنوان الذى يُعطى للسند ، فان ذلك يساعد على معرفة نية البنك المصدر الى جوارما يتوافر من أدلة اخرى .

ثانيا : النص على حق البنك فى الإمتناع عن الصرف لأى سبب يؤكد أننا لسنا بصدد خطاب ضمان بنكى وإنما ربما كفالة بنكية لالتزامات العميل قبل المستفيد النابعة من عقدهما .

ثالثاً : النص على التزام البنك بالصرف بمجرد الاطلاع بون الالتفات الى اى معارضة من الأمر مثل هذا النص ، يؤكد اننا بصدد خطاب الضمان البنكى المتعارف عليه المستقل عن سواء من العلاقات المحيطة به .

رابعا : اذا ورد في النص ربطا صريحا بين التزامات الأمر فى العقد الاصلى مع المستفيد الصادر الضمان بمناسبته، كنا مرة أخرى بصدد كفاالة وليس خطاب الضمان البنكى أما مجرد الإشارة الى العقد الاصلى فلا يؤخذ على هذا المأخذ فجميع خطابات الضمان تشير الى مناسبة صدورها أو أغلبها .

وتشير مرة أخرى الى المشاكل التى تنتج عن تقديم خطاب الضمان فى الوقت غير المناسب (قبل توقيع العقد الاصلى مثلا) او (قبل استلام الدفعة المقدمة الذى صدر بقيمتها الضمان) فاذا ما نص فى العقد الاصلى على ضرورة أن يقدم الملتزم بالتفويض خطاب ضمان بنكى غير مشروط وتم توقيع العقد ولم يقدم الما قول الملتزم خطاب الضمان فسوف يدخل صاحب العمل فى المنازعات أخصها طلب التنفيذ والتعويض عن التأخير أو فسخ العقد مع التعويض ويمكن التقلب على ذلك بتضمين العقد إما شرطا مؤقتاً لسريانه او شرطا فاسخاً له.

وفى الحالة الأولى يعلق قيام ونفاذ العقد على تقديم خطاب الضمان فى بحر مهله محددة من تاريخ توقيعه (أيام) والا اعتبر كأن لم يكن .

وفى الحالة الثانية ينص فى العقد الاصلى على وقف سريان العمل به حتى يتم تقديم خطاب الضمان البنكى المنصوص عنه فيه .

وثمة من أسلوب ثالث هو ان يوقع العقد بعد تمام الاتفاق عليه بعد اعداد خطاب الضمان ليكون جاهز للتسليم عند التوقيع .

اما تسليم خطاب الضمان قبل توقيع العقد فيترتب عليه مشاكل خطيرة اذ يمكن صرفه من المستفيد سئى النية، اذا كان خطاب الضمان مستحق عند الطلب او بمجرد الاطلاع .

وهذا الموضوع عام وإن أوردناه عند الحديث عن القانون السويسرى إلا انه يلزم مراعاته فى جميع احوال اصدار خطابات الضمان البنكية فى المعاملات التجارية الدولية .

وعلى خلاف السائد فى فرنسا ليس هناك التزام على البنك فى القانون السويسرى ان ينصح عميله فى إتمام استصدار خطاب الضمان البنكى او ان يدرس له صياغة النص ومخاطره او ان يلت نظرته الى ظروف البلد الاجنبى والقوانين السائدة فيها ومدى التزامها بإنهاء خطاب الضمان فى أجله ، أو إنها تربيته بالعقد الصادر بمناسبته أو عدم الفائها لخطاب الضمان وابطال مفعوله طالما ان صكه فى يد المستفيد نقول أنه ليس هناك التزام قانونى على البنك فى سويسرا ان ينبه عميله الى ذلك أو أن يدرس معه نص الصياغة المقترحة لخطاب الضمان، ولكنه، يفعل خاصة وأنه قد يُعَدُّ سئُ النية مسئولاً اذا كان من الواضح ان التزامه الادبى كان يحتم عليه فى خدمة هو ملجور عليها ، وان ينبه عميله لأُمُور من المفروض انه يجهلها ويعلمها البنك وعلى ذلك فالبنوك فى سويسرا مسئولة بصورة أو بأخرى بنصح العميل.

ومن جهة أخرى فالبانك غير ملزم ان يستجيب الى طلب عميله فى اصدار خطاب الضمان وبالنسبة لخطابات الضمانات المقابلة فى التجارة الدولية التي تصدرها البنوك السويسرية بناء على طلب بنك اجنبى لمستفيد مقيم او التي تصدرها البنوك الاجنبية بناء على طلب البنوك السويسرية لمقيم فى البلد الاجنبى، هى أساسا لا تخرج عن السائد دوليا فى هذا الخصوص ويلاحظه فى شأنها ما يلى : -

اذا كان البنك السويسرى هو الأمر واعطى تعليمات للبنك المحلى، المراسل له باصدار خطاب الضمان وتسليمه للمستفيد بالصياغة التي حددها فان المستفيد لا تكون له علاقة مباشرة بالبنك السويسرى ولا يستطيع ان يرجع الا على البنك المحلى وتكون علاقة البنك السويسرى بالبنك المحلى علاقة وكالة .

وطبقا للقانون السويسرى يلزم البنك السويسرى الأمر بتعويض وكيله اذا صرف المستفيد

خطاب الضمان وعليه أيضاً المصاريف المترتبة على إصدار البنك الاجنبى للمستفيد خطاب الضمان .

وغالباً ما يتم ذلك عن طريق إصدار البنك السويسرى لمصلحة البنك الاجنبى خطاب ضمان مقابل لهذا الذى صدر عن الاخير للمستفيد .

وقد يكون البنك المحلى مجرد مراسل للبنك السويسرى الذى يصدر خطاب الضمان مباشرة للمستفيد في الخارج يسلم اليه عن طريق البنك المراسل في بلد المستفيد ولا يكون البنك المحلى مسئولاً في مواجهة المستفيد .

وفي صورة اخرى قد يطلب المستفيد تعزيز خطاب الضمان الصادر له من البنك السويسرى، من البنك في بلده ليسهل عليه صرفه عند اللزوم ، وهناك يُعَدُّ البنك المحلى مع البنك السويسرى كلاهما مسئولاً قبل المستفيد ومن حقه الرجوع على أحدهما ، وطبقاً للقانون السويسرى تكون علاقة البنكين محكمة بالقانون السويسرى . وعلى البنك السويسرى التزام عام بالتحوط في اعتبار البنك الاجنبى او في الموافقة عليه لانه اكثر دراية في ذلك من العميل.

ويُطبَّقُ القانون السويسرى على العلاقة بين البنك السويسرى وعميله كما ينطبق القانون المحلى على علاقة المستفيد بالبنك المحلى - وأما عقد الوكالة بين البنكين فقد يكون خاضعاً لاحد قوانين البلدين ويمكن دائماً الاتفاق على القانون الواجب التطبيق اذ لم يكن هناك نص يعارض ذلك في احد البلدين .

ولما كان الوكيل عليه بذل كل عناية لمصلحة موكله طبقاً للقانون ، فان البنك يلتزم باخطار عميله عند طلب صرف الضمان أو أن ذلك وشيكاً ، ولا يؤثر ذلك أو يمنع صرف خطاب الضمان غير المشروط وكذلك في حالة خطاب الضمان المشروط ، وربما أخذ البنك رأى عميله في الأوراق اللازمة للصرف وعلى البنك ان ينبه عميله اذا كان صرف المستفيد قد شابته ارتكاب غشاً او تزويراً او خطأ جسيماً ظاهراً وربما يؤجل الصرف اياماً محدوده ليتبين الفرصة لعميله لاتخاذ اجراء قانوني، وفي الحالات الفاضحة يلتزم ان يمتنع عن الصرف دون انتظار أمر المصرف المؤقت من القاضى او الحكم به من القضاء المستعجل .

وفيما يتعلق بالتزامات الامر قبل البنك نجدها مرة أخرى متفقة مع السائد دولياً بالنسبة لخطاب الضمان في الممارسات السويسرية . فالعميل يدفع عمولة عند طلب اصدار خطاب الضمان باعتباره خدمة مصرفية يقدمها البنك وكذلك يتحمل العميل المصاريف الناتجة عن قيام البنك باصدار خطاب الضمان وأهم من ذلك كله تغطية البنك عند صرف خطاب الضمان بما في ذلك المصاريف القضائية اذا كان لها محل في حالة ما اذا اضطر البنك او حتى رأى يغير اضطرار تحقيقاً لمصلحة عميله ان يمتنع عن الصرف لاسباب قانونية وكان ذلك بموافقة العميل او اجازته .

وفي بعض الحالات يحصل العميل او البنك على أمر قضائي او حكم يمنع البنك من الدفع للمستفيد قبل الصرف ومن تغطية البنك الاجنبي الذي صرف للعميل المحلى مقابل خطاب ضمان من البنك السويسري، وفي هذه الحالة لا يسلم الأمر من ان يجمد البنك الاجنبي حسابات البنك السويسري لديه ، وهنا ايضا يلتزم العميل بكفالة خسائر البنك والمصاريف الناتجة عن هذه الاجراءات ولكن ليس معنى هذا ان يعرض البنك عن تجميد أمواله في الخارج . فهذه الأمور تعتبر من المخاطر البنكية التي يلزم ان يتحملها البنك .

وفي القانون السويسري وطبقاً للمادة ٥٠٧ مدنى أو بالنسبة لكفالة أو الضمان العادى يحل الضامن محل المدين الذي دفع عنه كافة حقوقه قبل الدائن ولكن ليس ذلك كذلك في خطاب الضمان فالعلاقات هنا منفصلة .

فإذا ما أوفى البنك بقيمة خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد ، ثم أسعر عميله وتبين البنك أن المستفيد لم يكن له الحق في الصرف، فإن البنك لا يستطيع الرجوع على عميله ولا مال لديه، ولا يستطيع الرجوع على المستفيد لانه صرف خطاب الضمان طبقاً لنصه وليس للبنك ان يرجع تأسيساً على عقد العميل مع المستفيد لانفصال العلاقات .

الحل الممكن في مثل هذه الحالة هو ان يتحوط البنك عندما يصدر خطاب ضمان على المكشوف او بغطاء جزئى بأن يأخذ ورقة مكتوبة على عميله منفصلة تغطيه حق الطول محله

قبل المستفيد في جميع حقوقه النابعة من عقدهما عند اللزوم.

وقد صادف الفقه السويسري مشاكل في نظريته لخطاب الضمان البنكي باعتباره عقداً ليس فقط بالنسبة لآثاره واستقلال العلاقات المحيطة به ، ولكن أيضاً بالنسبة لانعقاده فاصدار البنك ببارادته لخطاب الضمان اذ عد ايجاباً فان قبول المستفيد ليس لازماً فيه وهو لا يحدث عملاً، ولا نقبل القول بأن سكوت المستفيد يعد قبولاً هذا علاوة على أنه نافذ من تاريخ صدوره وهذا كله مستقر ومأخوذ به في الممارسات السويسرية. - لذلك نظر اليه على اساس انه عقد ذو طبيعة خاصة ولكن كيف يكون عقداً اذا لم يكن نابعا من ارادتين ؟؟

إن سمات العقد فيه لاتجعله عقداً وإنما هو تصرف قانوني مجرد مُصَنَّر الإلتزام فيه العرف البنكي والقانون وإن أقرزه عقد الأمر مع البنك الا أنه شئ آخر ومولود جديد بمناسبة عقد الأمر والمستفيد ولكنه ليس عقداً .

ليس هناك جديد مخالف للمتصالح عليه دولياً في سويسرا بالنسبة لأجل انتهاء خطاب الضمان او لصرفه. وبالنسبة لبعض الاجراءات عند الصرف يلزم أن يقدم طلباً بالصرف الى فرع البنك الذي اصدره في الميعاد وإعطائه مهلة ثلاثة أيام قبل الصرف .

نشير الى ما يقوله بعض الشراح من مُكْتَنة تحويل المستفيد لخطاب الضمان طبقاً للمادة ١٦٤ من القانون المدني السويسري، فانهم جعلوا من هذا القول لغوا لانهم لا يقبلوا من المستفيد الجديد أن يتقدم لصرف خطاب الضمان لنفسه وإنما يبقى الذي يصرفه المستفيد الاصلى فاذا كان ذلك كذلك فان التنازل عن الحق لا يتم الا بعد القبض وهنا لا نكون بصدد خطاب الضمان هذا علاوة على ان خطاب الضمان غير قابل للتداول وتحويل خطاب الضمان هو تداول محظور .

ولا يسمح القضاء السويسري للبنك بوقف صرف خطاب الضمان البنكي فأساساً البنك ملزم بالصرف طالما أن المستفيد انما يتقدم للصرف وهو حسن النية بمعنى ان يكون له حقا في ذلك ، فاذا لم يكن ذلك كذلك فالبank لا يمكنه وقف الصرف اللهم الا في الحالات المكشوفة

الواضحة والمقطوع بها بان المستفيد مخطئ وعلى النية ولاحق له في الصرف أو أن يكون العقد الاصلى الصادر خطاب الضمان بمناسبتة غير قائم أو لم ينعقد اصلا .

وينظم القانون الفدرالى في سويسرا حجز الدائن تحت يد طرف ثالث لادين على مدينه وذلك دون اخطار المدين مسبقا بأمر قضائي ويمارس ذلك في حدود ضيقة خاصة في حالة إقامة المستفيد خارج سويسرا ولكنه يشترط لذلك أن يكون دين الحاجز حال الاداء محقق المقدار وأنه سوف يتعذر الاسترداد ويلزم عرض الحجز على المحكمة المختصة لتثبيته ثم يقوم بالتنفيذ مكتب تحصيل المديونيات .

ويقول بعض الشراح في سويسرا انه يمكن اجراء حجز تحت يد البنك عن قيمة خطاب الضمان وحجتهم في ذلك . - أنه اذ لم يكن للمستفيد أى حقوق قبل الأمر طبقا لعقدهما فانه يكون ملزما بإعادة ورقة الضمان أو رد ما صرفه وعلى ذلك فهناك دين محتمل يمكن الحجز تحت يد البنك تأمينا له .

ونزد على اصحاب هذا الرأى : - اذا كان الأمر يدعى ان المستفيد ليس له أى حق قبله فمعنى ذلك أنه يقول ان المستفيد لاحق له في صرف خطاب الضمان فاذا كان ذلك كذلك فمعناه ايضا بأنه أى المستفيد ليس له مال تحت يد البنك يعكن الحجز عليه وعلى الأمر ان يبحث عن وسيلة أخرى خاصة ومبلغ خطاب الضمان مملوك للبنك حتى صرفه .

ولأن قيمة خطاب الضمان هي من مال البنك ولا تنتقل لزمة المستفيد إلا بعد قبضها،

ويأخذ القضاء السويسرى بهذا النظر فقد حكمت المحكمة العليا (النقض) بان السماح بالحجز تحت يد البنك على خطاب الضمان ليس فقط مخالف لطبيعته بل يؤثر على وظيفته ولذلك يلزم الا يسمح به (Rowe) ويحكم قانون كل ولاية في سويسرا الاجراءات الوقتية فيها ولكن ثمة من مبادئ عريضة يتفقوا فيها على طلب وقف التنفيذ أو الصرف المؤقت لخطاب الضمان البنكي ويشترط لذلك : -

- ١ - أن تكون الحالة مستعجلة تقتضى الاجراء الوقتى .
- ٢ - أن تكون مطالبة الدائن محتلة الكسب .
- ٣ - أن الدائن سوف يصعب عليه استرداد ما يدفع للمستفيد .
- ٤ - ويلزم أساسا أن يكون هناك غش أو خطأ من المستفيد ظاهر من الوهلة الاولى سواء تعلق الطلب المستعجل بمنع المستفيد من الصرف او منع البنك من ذلك .
- وفى حالة ما يكون البنك السويسرى لديه خطاب ضمان مقابل من بنك اجنبى فغالبا لا يُستجاب لطلب وقف الصرف المؤقت الا اذا كان البنك الاجنبى والمستفيد متورطين معا فى الغش الفاضح .
- وفى اغلب الولايات السويسرية يكون ميعاد استئناف أمر وقف الصرف المؤقت عشرة ايام وهو فى جينيف ١٨ يوم ومن حق أى ذى مصلحة إقامة الاستئناف .
- وفى حكم لمحكمة جينيف صادر بتاريخ ١٢/٦/١٩٨٥ (Rowe) تتحصل وقائع القضية فى أنه عند تفريغ شحنة قمح فى الميناء السورى لمشتري سورى من بائع سويسرى إدعى المشتري السورى بأن القمح به شوائب بنسبة اكبر مما هو مسموح به تعاقديا (٥٪) وعينت المحكمة خبير لمراجعة ذلك وقبل أن يقدم الخبير تقريره صرف الجانب السورى خطاب الضمان من البنك المحلى الصادر بقيمة ١٠٪ من الصفقة لضمان المواصفات واستصدر الأمر السويسرى أمرا بوقف صرف خطاب الضمان المقابل ، وقدم الخبير بعد ذلك تقريره وهو يؤكد مطابقة القمح المواصفات المتعاقد عليها وأيدت المحكمة فى جينيف أمر وقف الصرف وأيدتها محكمة الاستئناف ، وقالت فى حكمها ان تقرير الخبير يجعل من المحتمل ان تكسب البائعة الدعوى موضوعيا والا سوف يكون من حق المستفيد الصرف وقد توخت المحكمة فى هذا الحكم توافر أدلة واضحة لإثبات خطأ الصرف ولم تستلزم المحكمة ضرورة إثبات تواطؤ البنك الاجنبى مع المستفيد وإكتفت بأن يكون المستفيد قد قام بالصرف دون وجه حق من

ظاهر الأوراق ويحجه ظاهرة تناقض حقه فى الصرف هى تقرير الخبر .

واسوف نرى أن هذا النظر أكثر تساهلا فى الاستجابة لوقف الصرف مما هو سائد فى إنجلترا .

ويلزم ان نشير مرة اخرى انه ليس هناك قواعد موحدة تحكم خطاب الضمان البنكى فى سويسرا تلتزم بها كافة الولايات السويسرية ولكن كل ولاية تعمل مقتضى قوانينها وهى جميعا متقاربة .

المبادئ المقررة فى سويسرا

وطبقا للقانون السويسرى فالضمان العادى محكوم بنص المادة ٥٠٧ مدنى فاذا قدم بنك سويسرى ضمانا عاديا مباشرةً لمستفيد واضطر الى الدفع يحمل محل عميله فى جميع حقوقه قبل المستفيد .. وهذا لا يعمل به فى خطاب الضمان البنكى لذلك يجد البنك نفسه فى ورطة فهو لا يستطيع ان يرجع على المستفيد الذى دفع له لأن التزامه مباشر ومنفصل وقد يكون رجوعه على الأمر غير مفيد لسبب أو لآخر ، وفرصته الوحيدة فى الرجوع على اساس العقد الاصلى التجارى وهو ليس طرفا فيه ، وهنا يلزم ان يأخذ البنك اقرارا كتابيا منفصلا من الأمر بالحلول محله عند اللزوم فى العقد الاصلى كغطاء لاصدار الضمان ، وذلك طبعاً اذا لم يكن البنك قد غطى خطاب الضمان من حسابات عميله أو بائى وسيلة اخرى واقتحام البنك للعلاقة التجارية هنا خارجة عن نطاق خطاب الضمان ومنفصلة عنه .

والتطبيق القضائى فى سويسرا قريب الى حد ما من القضاء الالماني فالبنك أساسا لا يمكنه رفض صرف خطاب الضمان الصادر منه اذ كان شكل المطالبة مستوفاه ولكن يلزم الا تكون المطالبة واضح فيها سوء النية واساءة استعمال الحق ولكن ليس قيام الحقيقة الظاهرة من ان المستفيد ليس على حق فى طلب الصرف كافية بذاتها لامتناع البنك عن الصرف اذ

يلزم ان يكون لدى البنك أدلة قاطعة على ان المستفيد سئى النية فى استعمال حقه فى الصرف ومثال ذلك ان يكون البنك على يقين من ان العقد الاصلى لم يعقد اصلا أو أنه باطلا.

ويمكن الوصول الى تجميد ووقف الصرف فى سويسرا عن طريقتين، هى الأمر يوقف الصرف او الحجز، بمعنى منع البنك من الصرف للمستفيد، والحجز بهذا المعنى ليس تماما هو الحجز التحفظى الذى يخول الحاجز دون اخطار سابق بتوقيع الحجز على أموال المدين وممتلكاته المنصوص عنه فى القانون الفيدرالى السويسرى فى باب تحصيل الديون والافلاس والذى هدفه تأمين المطالبة القضائية والموضوعية والتي يلزم فيها ان يقدم الدائن الادلة الكافية على أن دينه حال محقق الوجود معين المقدار وأنه ليس له أى تأمينات أو ضمانات لتحصيله عند القضاء له به وتختلف اجراءات الحصول على مثل هذا الحجز من قانون لآخر فى سويسرا وفى چينيف مثلا تسمع الدعوى امام محكمة الدرجة الاولى وغالبا فى غيبة المدعى بطلب الحجز فاذا ما قُبِلَتْ يسلم الطالب أمراً مؤقتاً ثم يعلن المدعى عليه لسماع دفاعه . وبعد ذلك يؤكد القاضى قراره الاول او يلغيه، فاذا اكده اصبح واجب التنفيذ فى مهلة معينة، ويمكن الاستئناف امام المحكمة المختصة ولها سلطة واسعة ويقدم أمامها أدلة جديدة وبعد ذلك يمكن الطعن بالنقض لمخالفة القانون فى حدود محدوده جدا .

وقد اسلفنا ذكر حكم محكمة چينيف الصادر فى ١٣/٥/١٩٨٥ والأمر الذى يحصل على امر حجز بمعنى وقف الصرف مؤقتاً لخطاب ضمان بنكى عليه ان يستوفى الاجراءات فى مهلة عشرة ايام من تاريخ صدور الأمر ولا تتفق نظرة الاحكام الى مدى التزام البنك بالامتناع عن الدفع للمستفيد فالاحكام التى تذهب الى ان البنك يكون ملتزماً بتجميد الدفع فانما تنظر الى الموضوع على أن مبلغ الضمان مدفوع اصلاً " غطاء " من الأمر فاذا لم يكن للمستفيد حقاً فيه تعين رده الى الأمر وتأسيساً على ذلك فهو دين للأمر يمكن الحجز عليه تحت يد البنك.

وهذا النظر فى فهمنا يخلط الأوراق ويجعل من الفطاء المقرر فى عقد الامر والبنك هو ذاته

مبلغ خطاب الضمان وهذا امدار لانفصال العلاقتين وإنعدام السبب في خطاب الضمان البنكى والتزام البنك المباشر قبل المستفيد ومن مال البنك وليس من مال الأمر .

والرأى الآخر يقول ان المستفيد الذى ليس له حق صرف الضمان يلزم معه القول انه ليس هناك مال يمكن الحجز عليه أو وقف صرفه وعلى الأمر أن يجد سبباً آخرأ غير الحجز لاييقاف الصرف كما أسلفنا .

وهذا الرأى تظاهره كثرة من الاحكام ومحكمة النقض السويسرية تقول فى موضوع خاص باعتماد مستندى ان اساعت استعمال الحق من المستفيد لايتفق مع القول بوجود مال له يمكن ان توقيفه الاجراءات وعلى ذلك فألبنك الأمر لا يستطيع رفض الدفع على اساس من دفاع ودفع الأمر النابعة من عقده مع المستفيد ..

وفى احدى القضايا حصل الأمر على امر بوقف الصرف ضد البنك لمنعه من الدفع للبنك المحلى الاجنبى الذى صرف للمستفيد خطاب الضمان ، وقام البنك المحلى بتجميد حسابات البنك السويسرى لديه وفى بعد ذلك فى سويسرا الأمر الصادر للأمر ضد البنك السويسرى بعدم الدفع للبنك الاجنبى والزم الأمر ان يدفع البنك كافة المصاريف ولكن البنك لم يعوض عن خسائر من جراء تجميد حساباته لدى البنك الاجنبى تأسيسا على ان هذا جزء من المخاطرة العامة وايضا لان الأمر ينفذ حكم محكمة أو أمر قضائي .

والاحكام الصادرة من المحاكم السويسرية ومن هيئات التحكيم توضح اسلوب إعمال المبادئ المقررة لطبيعة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وهى تتعامل مع الواقع وليس مع النظريات الفقهية دون ان تجنح بعيدا عن الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان ودون ان تمس توفير كامل الفاعلية له تأمينا للتجارة الدولية .

احكام في منازعات الضمان

في سويسرا

حكم محكمة جينيف في ٩٨٥/٩/١٢ Rowe

تعاقدت شركة سويسرا لبيع قمح طبقاً لوصفات معينة، أعطت الشركة السويسرية خطاب ضمان بنكي بقيمة ١٠٪ من العقد وذلك من خلال بنك (Union de Bank Suiss) الذي اعطى تعليماته للبنك في سوريا باصدار خطاب الضمان المطلوب مقابل ضمان مقابل منه وعند تفريغ الشحنة ادعى المشتري السوري ان بالقمح شوائب اكثر من ٥٪ المصرح بها تعاقديا . وطلب من المحكمة تعيين خبير لمعاينة البضاعة في ميناء الوصول .. ولكن الجانب السوري سارع بطلب صرف قيمة خطاب الضمان ولجأت الشركة السويسرية الى المحاكم في سويسرا وسوريا لوقف الصرف وصدر لها الامر من القضاة وأيدت ذلك محكمة الاستئناف في سويسرا تم ذلك على اساس اساءة المستفيد لاستعمال حقه مؤكدا ان الشوائب في الحدود التعاقدية ، وفي هذا الحكم توافر للمحكمة أدلة قوية علي الغش من المستفيد وإساءة إستعمال حقه في طلب صرف قيمة خطاب الضمان وأنه ليس هناك ضرورة لإثبات تواطؤ البنك السوري مع المستفيد لاييقاف الصرف اذ يكفي في هذا غش المستفيد الواضح واساءة إستعماله حقه في صرف الضمان .

حكم تحكيم I.C.C رقم ٣٢٦٧

حكم تحكيم I.C.C رقم ٣٣١٩

عندما يتعثر مشروع دولي يُطلبُ أطرافه صرف الضمانات البنكية خاصة الحكومات .. ففي يونيو ١٩٦٧ تعاقدت حكومة شرق اوسطية مع مجموعة بالچيكيه من عشر شركات على انشاء مستشفى ومركز طبي .

وفي ١٩/١/١٩٧٧ أسندت مجموعة الشركات انشاء المركز الطبى الى مقابل من الباطن (شركة مكسيكية وعُدلَ هذا الاتفاق أربع مرات وقدم البنك المكسيكى خطابين لضمان التنفيذ وقدم الجانب البلجيكي خطاب لضمان المخاطر من خلال بنك بلجيكي وكان خطاب الضمان الاول المقدم من المجموعة (٩ مليون دولار) الذى يخفض بنسبة ١٠٪ من قيمة ما تقبضه .

الشركة المكسيكية كل شهر ثم يحسب هذا التخفيض على اساس ٨٪ بعد تخفيض قيمة خطاب الضمان الى ٢٨٪ من قيمته المستحقة اصلا، بعد التقدم للموس للعمل وأخذ البنك المَصْدِرَ غطاءً كاملا من العميل الأمر تجرى عليه ذات التخفيضات .

وبدأت الخلافات فور بداية تنفيذ العقد ، ففى ١٨/١١/١٩٨٧ قررت المجموعة انتهاء عقدها ولكن الشركة المكسيكية رفضت الاخطار بذلك وأرسلت انذارا فى ٢٧/١١/١٩٧٧ بنهاية العقد من جانبها وطالبت بعقد لجنة تحكيم فى ١٦/١٢/١٩٧٧ وطالبت المجموعة بالتعويضات،- وبادلتها المجموعة بطلب التعويضات ايضا

وأمام هيئة التحكيم طلبت المجموعة إعتبار ضمانات الشركة المكسيكية قائمة بالرغم من الفائهم لعقد المقاوله للشركة المكسيكية وطلبت بصرفها كتعويض او جزء من التعويض المطالب به منهم وبفقت المجموعة بعدم اختصاص التحكيم بالنظر فى امر خطاب الضمان المقدم منها-، فاذا رأت الهيئة انها مختصة فهي تدفع بإنتهاء هذا الضمان لانه ليس هناك اى اساس للمطالبة به بعد انتهاء الجانب المكسيكى للعقد واصبح ضمان المخاطر غير ذى موضوع.

وصدر الحكم فى ١٤/٦/١٩٧٩ وقالت هيئة التحكيم أنه يلزم فهم هذا العقد وتفسيره على أساس من المبادئ العامة للقانون دون التقيد بئى قانون وطنى، وذلك بناء على ان العقد بين الأطراف كان يخول الهيئة ذلك، ويطلب منها تطبيق قواعد العدالة وهذا يعطى الهيئة كامل الحرية فى تطبيق قواعد العدالة بالنسبة للطرفين وقالت ان الجانب المكسيكى كان مفروضاً فيه ان يصرف خطاب الضمان المغطى للمخاطر قبل انتهاء العقد وان كان الجانب المكسيكى قد

عرض طلب صرف خطاب الضمان بهيئة تحكيم أخرى برقم ٢٣١٦.

أما ضمان الدفعة المقدمة ، وكذلك الضمانين الآخرين المقدمين من الجانب البلجيكي فلا تتأثر بإلغاء العقد ويلزم أن تعتبر قائمة حتى الحكم في النزاع وفي ١٩٧٩/٧/٢٠ أشهرَ افلاس المجموعة البلجيكية من محكمة بروكسل وقدم مديرها للمحاكم الجنائية وطلب وقف اجراءات التحكيم ولكن الهيئة رفضت ذلك وطعن على هذا القرار من الهيئة أمام المحكمة العليا في جنيف في ١٩٧٩/١٠/١٢ تأسيسا على نص المادة ٤١ من القواعد السويسرية الموحدة بمقولة وجود ادلة جديدة .

وطلب وقف السير في اجراءات التحكيم حتى تفصل المحكمة العليا في طلب ممثل المجموعة ورفض المحكمة هذا الطلب في ١٩٨١/١٠/٢٩ ورفضت ايضا الطعن .

وكانت الشركة المكسيكية قد رفعت تحكما مستقلا بصرف خطاب ضمان المخاطر تحت رقم ٢٣١٦ وحكم لها بذلك ١٩٧٩/١٠/٢٣ وطعن على هذا القرار ايضا امام محكمة جنيف تأسيسا على المادة ٤١ السابق الاشارة اليها ورفضت هذا الطعن في ١٩٨١/١/٢٩ ولكن وكلاء الاتحاد البلجيكي المشهر افلاسه حصلوا على امر مؤقت من المحاكم البلجيكية والسويسرية بوقف صرف خطاب ضمان المخاطر وذلك بهدف تأمين مجموعة الشركات المفلسة اذا ما حكم لها في التحكيم الاصلى بالتعويض .

وايضا اخذ الجانب المكسيكي أمرا بوقف صرف خطابات الضمان الصادرة منه لمجموعة الشركات المفلسة ثم التقى الاطراف للإتفاق على إلغاء هذه الأوامر المؤقتة وتم الاتفاق .

اولا : ايداع خطابات الضمان الصادرة لمجموعة الشركات المفلسة في حساب بنكي لضمان اى مبلغ يحكم به على الجانب المكسيكي لصالح مجموعة الشركات المفلسة .

ثانيا : ايداع قيمة خطاب الضمان المخاطر بعد صرفه في بنك سويسرى آخر مقابل اصداره خطاب ضمان للمجموعة المفلسة بدفع اى رصيد قد يستحق لهم لم تتم تغطيته من

قيمة خطابات الضمان المذكورة فى اولا .

ثالثا : خولت البنوك الدفع المباشر تنفيذاً لحكم المحكمين النهائى .

وقام خلاف آخر مع بنك أمريكا اللاتينية تعلق بقيمة خطاب ضمان المخاطر المحكوم للجانب المكسيكى بصرفه وأيداع قيمته فى بنك سويسرى طبقاً للإتفاق اذ طلبت المجموعة المظلة تخفيض قيمته طبقاً لشروط العقد وعرض الامر على محكمة بروكسيل التجارية ولكن الدعوى سُحِبَتْ قبل الفصل فيها واتفق الطرفان على ايداع مبلغ ٣١٦١٣ره ٣١ دولار فى بنك سويسرى .

وبعد ست سنوات وثلاثة اشهر وبالتحديد فى ١٧/٤/١٩٨٤ صدر حكم نهائى موضوعى من هيئة التحكيم فى هذا النزاع الذى لم توضع عقوده موضع التنفيذ أبداً ولم يعيش أكثر من سنة واحدة وهو يقضى : -

اولا : قررت الحكم ان الجانب المكسيكى كان علي حق فى انتهاء الاتفاق لإخلال الجانب البلجيكي بإخلاؤه جوهراً بالتزاماته التعاقدية ولم تلق أى اعتبار للقول بأن سلوك الجانب المكسيكى كان هو سبب افلاس المجموعة البلجيكية .

ثانيا : قررت الهيئة أن مطالبة المجموعة المظلة بخطاب الضمان الابتدائى غير المشروط كان فى محله وأجله وكان يلزم علي البنك صرفه وقيده على حساب الجانب المكسيكى وكان المبلغ علي ما سالفنا مودع فى حساب مطلق فى البنك السويسرى .

ثالثا : قالت الهيئة ان المجموعة البلجيكية هى التي اخلت اساساً بالعقد الاصلى وأن الجانب المكسيكى لم يطلب الا تعويضاً قدره ١٨ مليون دولار حكم له بها ولو انه طالب بكامل قيمة خطاب ضمان المخاطر لحكم له بها .

رابعا : رأت الهيئة تعويض الجانب البلجيكي بسبب بعض اخطاء الجانب الكسيكى على ان يدفع التعويض من الحساب المعلق .

خامسا : أنهت الهيئة خطاب الضمان الصادر من البنك السويسري مقابل ايداع القيمة المتفق عليها من خطاب ضمان المخاطر .

حكم بفوائد الشركة المكسيكية عن ثلاث سنوات فقط بناء على طلبها وكان لزاما على هيئة التحكيم اعمال قواعد العدالة واجراء مقتضى العقد بين الاطراف .

خطاب الضمان البنكي

في إيطاليا

تردد الفقه الإيطالي في اعتبار خطاب الضمان البنكي نظاماً قائماً بذاته متميزاً عن عقد الضمان أو الكفالة المقدمة في القانون المدني الإيطالي .

وقد قام جدل حول تكييف خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب ومحاولة ربطه بالكفالة وإعمال مقتضى أحكامها عليه بالرغم من طبيعته المجردة والتزام البنك فيه بالدفع دون تدخل من جانب الأمر .

وقد تغلب الرأي القائل بحرية الأفراد ان يبدعوا ويتفقوا على عقود جديدة أحكامها خارج نطاق العقود في القانون المدني الإيطالي .

وأما بالنسبة للسبب فهو سبب غير مباشر الذي يرد الي العقد الاصلى أو الى مصلحة الأمر والمستفيد الإقتصادية .

وغالباً ما يشار في خطاب الضمان إلى التزامات الأمر في العقد الاصلى وهذا ينبى عن ان خطاب الضمان هو أقرب الي ان يكون تطوير وتعديل لعقد الكفالة أكثر من كونه عقداً جديداً كما يقول بعض الشراح في إيطاليا .

وهذا معناه انهم ينظرون الى خطاب الضمان باعتباره عقداً ولكن هناك اعتراف واسع بخطاب الضمان البنكي باعتباره نظاماً خاصاً متميزاً الا ان الجدل الفقهي مازال قائماً حول السبب غير المباشر لخطاب الضمان البنكي والذي يتلمسه الفقه في العقد الاصلى وتأثير بطلان هذا العقد على التزام البنك ومسؤوليته قبل المستفيد خاصة في المجالات التي يشار فيها إلى العقد الاصلى في نص خطاب الضمان وليس هناك خلاف حول بطلان خطاب

الضمان في حالة غش المستفيد وإن كان الأساس القانوني لذلك مختلف عليه في الفقه والأحكام .

وليس هناك أي تردد سواء من الناحية القانونية أو الممارسة التطبيقية في تكيف العلاقة بين البنك والمستفيد بانتهاء علاقة مستقلة ومنفصلة عن العلاقات الأخرى فذلك مستقر تماما في إيطاليا ويمكن استخلاص استقلالية خطاب الضمان البنكي وانفصاله عن العلاقات المحيطية به من كلماته وتعبيراته .

حكم المحكمة استئناف ميلانو صدر في ١٩٨٤/٢/٢١

خلطت المحكمة بين العلاقات المحيطة بخطاب الضمان مع الالتزام الناتج عن خطاب الضمان ذاته وكذلك أخطأت المحكمة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

وتتحصل القضية في أن بنك إيطاليا أصدر لبنك سويسري خطاب ضمان غير مشروط مستحق بمجرد الاطلاع ضمانا لعقد قرض عقده عميل البنك الإيطالي ، وطبقا للقانون الإيطالي يلتزم المقرض بدفع ١٥٪ ضرائب على قرضه ، ولما طالب البنك السويسري بخطاب الضمان من البنك الإيطالي صرفه الأخير ناقصا الضرائب ومعنى ذلك أنه خلط بين القرض المقررة عليه الضرائب وقيمة خطاب الضمان المستقلة تماما عن عقد القرض الأصلي ولكن المحكمة أبدت البنك الإيطالي في تصرفه وأعتبرت القانون الإيطالي منطبقا على مبلغ الضمان وكأنه هو ذاته القرض وهذا الحكم يناقض أحكام سابقة عليه ، وهذا علاوة على أن المحكمة أعملت القوانين الإيطالية وطبقتها على علاقات لا تُحكّم بها .

خطاب الضمان البنكي

في هولندا

يشير الشراح في هولندا الى عقد الضمان باعتباره نوع من الكفالة او التأمين وتُضمّن مشروع القانون المدني الجديد في هولندا إشارة الى عقد الضمان باعتباره تعهدا مستقلا بالدفع لشخص، آخر ويميز بعض الشراح بين الضمان والتعهد لشخص ثالث بالدفع، وأشار بعض الشراح الى خطاب الضمان البنكي المستقل وعُدّه عقدا ذات طبيعة خاصة (Sui Generis) ، بينما يراه البعض الآخر قريب الشبه بالتعهد لشخص ثالث .

ويقوم خلاف حول مدى علاقة خطاب الضمان البنكي في هولندا بالعقد الاصلى الذي صدر الضمان بمناسبته .

حكم محكمة المسترداد في ١٩٨٤/٤/٥

لم تقف المحكمة كثيرا عند التفرقة في التكييف القانوني بين خطاب الضمان البنكي باعتباره عقدا ذو طبيعته خاصة أو الكفالة أو التزام بالدفع واعتبرت المعروض عليها خطاب ضمان بالرغم من أن الدفع بمجرد الاطلاع لم يكن واضحا في نصه إذ جرى بهذا التعبير : - مستحق الدفع فورا الا في حالة تأجيل الوفاء بالدين المضمون، أو أن هذا الدين لم تقم المطالبة به، أو ان الدين لا يمكن رده الى العلاقة المشار اليها .
فحقيقة ان الضامن قد إلتزم للمستفيد بمبلغ حدّه الأقصى كذا يؤدي الى تكييف العقد على انه ضمان .

وتثور الخلافات حول بعض الصياغات لخطاب الضمان البنكي التي تصدر في هولندا ومثال ذلك ان ينص البنك على : -

١- تعهد بدفع اى مبلغ من المال يكون مستحقا على الامر بناء علي حكم نهائى .

٢- تعهد البنك بدفع اى مبلغ يصدر به حكم نهائى من التحكيم أو القضاء.

٣- تعهد البنك بدفع اى مبلغ نتيجة التسوية الجارية بين الطرفين .

وهذه الصياغات هى اقرب الى الكفالات البنكية منها الى خطاب الضمان

حكم هولندا فى ١٩٨٧/١٠/٢٧

محكمة Armhem منشور فى مايو سنة ١٩٨٦

وافقت شركة سويسرية على شحن بضاعة لعميل فى هولندا وطلبت الشركة البائعة خطاب ضمان بنكى ووصلها عدد (٢) تلكس منسوب صندوقها الى المشتري وعن طريق بنك الاخير فى هولندا وتخلف المشتري الهولندى عن الدفع .

وطلبت الشركة السويسرية صرف الضمان ، وأنكر البنك الهولندى انه أرسل أى تلكس ورفض الدفع وعرض الأمر على المحكمة الهولندية التى لاحظت ان التلكسين لا يحملان رموز البنك علاوة على ان العرف البنكى يلزم ان يكون التلكسين صادرين عن المركز الرئيسى ثم يتم تعزيزها كتابياً بناء عن طلب البنك السويسرى .

ولجأت المحكمة الى شهادة خبيرين فقررا انه يمكن صدور التلكسين من شخص ثالث ، وأن التعزيز الكتابى ليس فرضا علي البنك السويسرى ان يطلبه .. وإنتهت المحكمة الى رفض دعوى البنك السويسرى .

خطاب الضمان البنكي

في ألمانيا

اولا : ينظم القانون المدني الالماني عقد (Burgschaft) او عقد الضمان باعتباره عقدا ملحقا بالعقد الاصلى (تعهد ثانى) من الضامن يلتزم فيه بدفع دين معين اذا تخلف المدين الاصلى عن الوفاء به المواد (من ٧٦٥ الى ٧٧٧) والتزام الضامن فيه طبقا للمادة ٧٦٧ ينور وجودا وعدمها وشروطا مع التزام المدين الاصلى بالدين فى عقده مع الدائن المضمون له الوفاء.

ثانيا : افرزت الممارسات الفعلية نوعا آخر من الضمان يكون الضامن فيه مسئولا مسئولية شخصية مباشرة غير مرتبطة بالدين الاصلى المضمون وهذا النوع من الضمان مصدره احكام القضاء (Guarantee Indemnity) .

ثالثا : وهناك نوع ثالث وأخير يُردّ الى إرداد وإتفاق الاطراف يقرروا فيه اتفاقا ان الضامن هو مدين ثانى مسئول عن ذات الدين مسئولية مباشرة ويسمى بالالمانية (Schbmitubermahm Burgschaft).

وفى الممارسات الفعلية اسهمت الشروط التى يعيها اطراف النزاع فى اختلاف هذين النوعين من الضمان حتى اصبحت التفرقة بينهما غير واضحة .

فالنوع المسمى (Burgschaft) يمكن الاتفاق فيه على الدفع بمجرد الطلب ويلتزم الضامن بالدفع ولكن من حقه الرجوع بما دفعه على المستفيد إذا ما أثبت أن الدين الاصلى منعدم او أنه انتهى .

والنوع الثاني يمكن بان يتحول الالتزام فيه الى التزاماً ثانياً اذا توافرت فيه بعض الشروط ومنها ان المخاطر التي يغطيها الضمان قد تحققت وبذلك ومن الناحية القانونية ، يصبح قريباً من النوع الاول .

وينتهي كلا النوعين في تاريخ الانتهاء المنصوص عنه في العقد وليس من اللازم ان يكون تاريخ انتهاء الالتزام الاصلي منهي للضمانين المذكورين وانتهاء الضمان ليس مرهونا برد ورقته ويلتزم الضامن بالوفاء بالتزامه طبقا لنص ورقة الضمان .

ويكون للضامن دعوى مقابلة لدفع إلتزامه إذا توافرت اسباب خاصة ، وهذه الدعوى مرتبطة بالالتزام المضمون ويلتزم البنك في مواجهة عميله برعاية مصالحه .

وتنص البنوك في عقودها المطبوعة على حدود هذا الالتزام وقد ينص على ان البنك الضامن يُسَمَح له بالدفع للمستفيد عند أول مطالبة دون ان يكون ملزماً بالتأكد اذا ما كانت المطالبة في محلها من عدمه ، ولكن مثل هذا النص لا يَجِبُ المبدأ الاساسى بالالتزام البنك برعاية مصالح عميله .

ويحل الضامن الذي أوفي بالدين في النوع الاول من الضمانات بقوة القانون محل المدين الاصلي .. هذا علاوة على ان علاقته مُحْكُومَه بعقد الضمان ، وكذلك ينظم علاقة الأمر بالبنك عقدهما ، الذي صدر خطاب الضمان بناء عليه . وطبقا للقانون الالماني يُسَمَحُ للبنوك قانونا إصدار ضمانات شخصية بالالتزام أصيل ومباشر أو إلتزام ثانٍ وثمة من خلاف في الممارسات الفعلية والتطبيق بين المانيا وإنجلترا .

ففي إنجلترا يصعب جدا . اجابة الأمر الى طلبه بوقف صرف الضمان او الغائه الا لغش الفاضح من المستفيد وليس الأمر كذلك في المانيا فان سلطة تقدير القاضى لطلب الأمر بوقف الصرف أكثر مرونة فليس الغش وحده في المانيا هو الذي يُوقَفُ صرف الضمان ، بل ان اساءة إستعمال المستفيد لحقة في طلب الصرف بسوء نية يمكن ان تكون سببا لوقف الصرف .

وهذا لا يحدث في القضاء الانجليزي حكمت بذلك محكمة فرانكفورت في ١٩٨٣/٢/٣ وتأييد حكمها من المحكمة الاتحادية في ١٩٨٤/٣/٢١ (Rowe) .

ومن الأمثلة على إساءة استعمال الحق بسوء النية التي تصلح لوقف الصرف تقديم خطاب ضمان في مناقصة توريد أو إنشاءات ينتهي فيها العرض المقدم من الماويل في ميعاد معين وقبل انتهاء أجل خطاب الضمان ويعد فوات أجل العرض المقدم ، يتقدم المستفيد للصرف حتى يكره الماويل على مد عرضه الى أن يبت في المناقصة .

ان هذا المثال يوضح إساءة استعمال الحق وسوء نية وهو صالح امام القضاء الالماني لوقف الصرف .

اما القضاء الانجليزي في مثل هذه الحالة لا يبحث في نية وهدف المستفيد الذي تقدم لصرف خطاب الضمان غير المشروط في أجل سريانه ويرفض طلب الأمر أو البنك بوقف الصرف

وليس الأمر وحده صاحب الحق في الالتجاء الى المحكمة لطلب وقف الصرف تأسيسا على إساءة استعمال المستفيد لحقه بشكل واضح، بل ان البنك أيضا من واجبه ان يفعل ذلك ويمتنع عن الصرف للمستفيد سيئ النية .

ويوجد هذا النظر سنده في المادة ٢٤٢ من القانون المدني الالماني التي توجب مباشرة الحقوق بحسن نية ولون تعسف أو إساءة لاستعمال الحق ويرى بعض الشراح ان التزام البنك بذلك يظل قائما حتى اذا نص في عقد اصدار الضمان أو في ورقته باعفاء البنك من ذلك .

اكدت المحكمة الفدرالية ذلك في أحكامها الصادرة في ١٩٥٥/٣/٢٣ و ١٩٥٨/٤/٢٤ و ١٩٥٨/٩/١٨ .

وتخلف البنك عن أداء واجبه في الامتناع عن الصرف وطلب وقفه يعدّ إخلالا منه بعقده مع الأمر ، قد يؤدي الى الزامه بتعويض الضرر الذي لحق بالأمر وقد يلجأ الأمر الى طلب وقف

الصرف ضد البنك لمنع قيد قيمة خطاب الضمان الذي صرفه للمستفيد على حسابه ولكن الغالب أن يكون طلب وقف الصرف للمستفيد سابقا على الصرف .

وهناك اجراء آخر يتخذ الى جوار وقف الصرف وهو الحجز تحت يد البنك وان كانت جُمَهَرَت الشراح في المانيا لاترى مَكَّة إستعمال اجراء الحجز تحت أليد في خطاب الضمان البنكي كما سبق ان اوضحناه وتؤيد ذلك احكام القضاء الالمانى وعلى سبيل المثال الاحكام الصادرة من المحاكم الاتية :

(١) فى ١٠/٦/١٩٨١ من محكمة فرانكفورت (امر قضائى)

(٢) فى ١١/٢/١٩٨١ من محكمة إشتونجر .

(٣) فى ٩/٨/١٩٤ من محكمة ديزلدورف .

ويلزم أن نلاحظ أنه في المانيا لا يكون غالبا ، مجرد اساءة استعمال الحق كافيا وحده لاييقاف الصرف ، بل يلزم ان يكون هناك غش أو سوء نية من المستفيد فى المطالبة بصرف الضمان وان يكون ذلك ثابت بالمستندات ثبوتيا واضحا ، وقد تأخذ المحكمة بعين الاعتبار ما يقرره الشهود عند سماح الدعوى فى حالة صدور الامر بوقف الصرف .

وقد حكمت المحكمة الفيدرالية فى ١٦/١٠/١٩٨٤ باختصاصها فى الدعوى المرفوعة من الأمر الالمانى على المستفيد الاجنبى الذي يطالب باسترداد ما صرفه المستفيد بغير حق وذهب هذا المذهب ايضا محكمة ميونخ فى ١٤/١٠/٨٤ وقضت فيه بالزام البنك البلجيكي بدفع قيمة خطاب الضمان الذي صرفه المستفيد سئ النية بغش واضح وكانت الدعوى مرفوعة من الأمر الالمانى ولكنها اى المحكمة لم تشترط تواطؤ البنك مع المستفيد فى ذلك .

المبادئ والاحكام

يقول الدكتور هيربرت أن المحاكم الانجليزية لا أمل في ساحتها لوقف صرف خطاب الضمان ، الا في حالة غش المستفيد الفاضح او التزوير مع عِلْم البنك او استطاعته معرفة ذلك، والا فعلي البنك ان يُشرفَ توقيعه. -

اما في المانيا فقد اسس القضاء مبادئه ليس بهذه الصراحة الانجليزية وأضاف الى الغش اساءة استعمال المستفيد لحقه وذلك نجده في حكم محكمة فرانكفورت بتاريخ ١٩٨٢/٣/٣ والمؤيد من المحكمة الفيدالية بتاريخ ٨٤/٣/٣١ .

واساءات استعمال الحق في هذه الاحكام انما تَرُدُّه الى اسلوب المستفيد في طلب صرفه خطاب الضمان بعد استيفائه للاجراءات الشكلية التي يعلم ان البنك لا يلتزم بأكثر منها للصرف، ولكن الظروف تؤكد انه ليس مستحقا للصرف، ولا هو حسن النية فيه، وطبقت المحاكم الالمانية هذا المفهوم لاساءة استعمال الحق في الصرف على محاولة إحدي الحكومات صرف خطابات ضمان لمقاولين قَدَّموها تأكيداً لجديّة عرضهم في مناقصة حول مشروع طرحته الحكومة وكان الضمان ساري لمدة ثلاثة اشهر ولكنها ، اى الحكومة ، لم تبت في العرض في خلال المدة المقررة وطلبت تجديد الضمانات من المقاولين مهددة بالصرف مستقلة طبيعة علاقتها بالبنك المنفصلة عن العلاقات المحيطة به لإجبار المقاولين علي الاستمرار ومدّة عرضهم فان هذا التصرف من الحكومة مُتَّسِمٌ بسوء إستعمال الحق يلزم معه وقف وتجميد الصرف من القضاء الالمانى ،

وليس الامر وحده في سوابق القضاء الالمانى هو الذى يحتج بسوء النية وإساءة استعمال الحق ، فهذا الحق مُخَوَّلٌ أيضاً للبنك المُصدر وهو من واجبه اذا كانت المطالبة بالضمان من الواضح عدم عدالتها وبتعبير القانون يلزم ان نكون بصدد ممارسة غير قانونية للحق طبقا لنص المادة ٢٤٢ من القانون المدني الالمانى ، وتطبق المحاكم هذا النظر حتى لو كانت عبارات

خطاب الضمان قاطعة الدلالة على التزام البنك بالصرف دون أى حق من أى نوع فى المعارضة.

وهذا النظر يختلف جوهريا مع تطبيقات واحكام المحاكم فى انجلترا ذلك أنها ترى ان البنك ليس له ان يقم نفسه موضوعيا على علاقة الطرفين ويحدد هو - سواء النية وإساءة استعمال الحق من عدمه، فهذا فوق أنه يخل بمهمة خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية، يورط البنك فى تحمل المسؤولية إتخاذ مثل هذا القرار ويكون عُرضة للحكم عليه بالتعويضات اذا كانت نظرتة للامور على ضوء علاقات الامر بالمستفيد المجهولة بالنسبة له، وطبقا لعقدتهما ليست كما تصورها البنك .

هذا علاوة على أن ذلك يخل بطبيعة خطاب الضمان البنكى من أنه مجرد عن السبب مُطَهَّر من الدفوع وترى المحاكم الإنجليزية ان الامر على أى حال من حقه الرجوع على المستفيد بما قبض طبقا لعقدتهما بعيدا عن البنك .

وفي القضاء الألمانى ايضا ليس الامر يسيرا كما يبدو، وعند مطالبة الامر بوقف الصرف تأسيسا على إساءة استعمال الحق فلا يكفى فى ذلك الواضح من ظاهر الاوراق او الظروف أو مجرد وجود اقرار رسمى فالقاعدة فى القانون الالمانى ان للمستفيد حقا مقرر فى صرف الضمان ولكن يلزم ان يباشره بحسن نية ودون اساءة إستعمال الحق.

وذلك هو المطلوب فى الامور الوقتية الاخرى التى ترفع تحت مظلة المادة ٢٤٢ مدنى المانى بل انه يلزم كقاعدة ان تكون المطالبة بوقف صرف خطاب الضمان البنكى من الامر تأسيسا على الغش، واساءة إستعمال الحق، ثابتة بالمستندات الواضحة واستعمال حق الصرف فى ظروف غير طبيعية عند طلبه وان يكون سوء النية واضح من الاحداث بِدِيهِى الاثبات، وقد تركن المحكمة فى ذلك لشهادة الشهود .

اما بالنسبة للبنك فمن المقرر ايضا فى القانون الالمانى ان علاقته بعمله الامر خاضعة لعقدتهما الذى يُعرَّف فى القانون الالمانى بأنه اتفاق يلتزم فيه احد الأطراف ألتقيام بعمل

قانونى او تجارى لآخر فى علاقة مباشرة ومستقلة بين الملتزم والطرف الثالث يمكن فيها الرجوع على البنك الملتزم بالاضرار من الامر ، فدفع البنك غير الواجب قد يلزمه بالتعويض للامر بناء على مقدمهما ولكن اذا كان الامر يريد أن يختصر الطريق .. فعليه أن يلجأ الى القضاء لإلزام البنك بتجميد الصرف وله وسيلتين فى ذلك :

١ - طلب امر قضائى بوقف الصرف وتجميده .

٢ - الحجز بمعنى منع البنك من الصرف للمستفيد او البنك المحلى فى حالة الضمان المقابل او المعزز ثم رفع الدعوى الموضوعية، ويلزم أن يبرز الامر ان المخاطر لا يمكن تجنبها عند طلب التجميد أو الحجز بالمعنى المشار اليه اذا ما تم الصرف .

وطلب وقف الصرف وتجميده هو الغالب وهو الوسيلة التى تؤيدها اغلب الاحكام (حكم فرانكفورت فى ١٠/٦/٨١ وترى بعض الاحكام ان طلب وقف الصرف ليس معناه احيانا وقف الصرف للمستفيد الذى قد يكون حتميا ولكن وقف خصم القيمة من حساب العميل بعد الصرف للمستفيد، ولكن الغالب هو طلب ووقف الصرف للمستفيد .

وهذه المبادئ يطبقها القضاء الالمانى لا تسرى فقط على خطاب الضمان البنكى ولكن ايضا على صرف الاعتمادات المستندية ونشير الى ثلاث احكام من المحكمة الاتحادية صادرة فى ٢٣/٢/١٩٥٥ و ٢٤/٤/١٩٥٨ و ١٨/٩/١٩٥٨ .

خطاب الضمان البنكي

في إنجلترا

أولاً : مقدمة في الضمان التقليدي في إنجلترا

تأخذ المدرسة الإنجلوسكسونية بالنظام الاستقراضي أساسا والقواعد القانونية التي تفرزها أحكام القضاء المستقرة والمتوارثة ، تصبح قانونا عاما وهذا يختلف عن المدرسة اللاتينية التي تأخذ بالنظام الشمولى أساسا أى نظام التقنين وإصدار قوانين تقرر مبادئ وأحكام عامه يجرى القاضى تطبيقها والإلتزام بها كفرنسا ومصر وبلجيكا وإيطاليا ، ولكن ليس معنى ذلك ان كلا النظامين لا يلجا الي اسلوب الآخر .

ففي إنجلترا ايضا تشريعات في بعض الأمور، وفي المدرسة اللاتينية نجد قواعد العرف مصدرا من مصادر القانون وهى قواعد وان لم يقرها قاضى وإنما أفرزها ما تصالح ألناس على العمل به ، والعرف المستقر بتواتر كالقاعدة القضائية المستقرة بتواتر يعمل مقتضاها القاضى.

وكذلك أحكام محكمة النقض التي يَتَّبِعُ غالبا ما تقرره من مبادئ وإن لم تكن ملزمة.

وقانون الضمان في إنجلترا قرره أحكام القضاء الانجليزى على مدى سنوات طويلة والضمان التقليدى هو عقد تابع للعقد الاصلى يلتزم فيه الضامن، عند تخلف المدين عن الوفاء، بسداد الدين؛ أما التزام الضامن المستقل عن التزام المدين فقد مورس أساسا فى التجارة الدولية ، وشروط تقريره وتطبيقه وانتهائه قررتها أحكام القضاء أو أقرتها .

ويلزم ان نشير الى ان اسكتلندا تأخذ بالنظام الشمولى الذى اسلفناه ، وايرلندا تأخذ بالنظام الاستقراى مثل انجلترا وويلز.

و المملكة المتحدة وأيرلندا الشمالية تخضع لبرلمان موحد فى لندن يُشرع لجميع البلاد ، ويشمل مجلس اللوردات كمحكمة عليا ..

وتُصدرُ خطابات الضمان فى إنجلترا أساسا عن البنوك، وتُصدرُ شركات التأمين ضمانات عادية والقانون العام فى إنجلترا الذى أشرنا اليه ، يعالج الضمان التقليدى التابع للعقد الاصلى ويكون التزام الضامن فيه التزاما ثانيا للمدين الاصلى ويردُ أساسا الى العقد الاصلى وشروطه والضامن فيه كافة دفعوع ودفاع المدين النابعة من عقده مع المستفيد من الضمان.

ومن قواعد القانون الانجليزى العام ايضا الضمانات الشخصية التى تقرر التزام الضامن التزاما مستقلا ومباشرا عن عقد المدين الاصلى مع دائته المضمون، ويعبر عنه بكلمة (Indemnity) بمعنى التعويض او التأمين المباشر المستقل للدين المضمون ، وهذا التعبير تستعمله البنوك الانجليزية للتدليل على التزام البنك اساسا بالضمان،

وعلى اى حال فان صياغة خطاب الضمان البنكى فى النشاط التجارى الدولى يعبر بطريقة واضحة عن الالتزام الاساسى المستقل للبنك .. وغالبا ما يكون هذا التعبير « ندفع لكم بمجرد الطلب ، او عند الاطلاع ، او بون اى شرط ».

وتُصدرُ البنوك احيانا سندات ضمان بالتزام عليها بدفع مبلغ معين من النقود او القيام بالتففيذ (Proformance Bonds) وفى مفهوم القانون الانجليزى من واقع ما يحدثنا به شراحه تجرى التفرقة بين :

(١) Guarantee الضمان

(٢) Surety وهى الكفالة

(٣) Indemnity اى تعويض الضرر

وإكل نوع من هذه الأنواع خصائصه فى القانون الانجليزى . يمكن القول ان الكفالة فيه إسم جنس ، والضمان فيها أسم نوع لأنها أشمل فالضمان التقليدى هو التزام ثان بوفاء دين عن مدين هو الملتزم الاول به للدائن.

أما الكفالة وان تضمنت خصائص الضمان على انها أحيانا تكون مختلفة عنه كمن يقدم أوراقا مالية قابلة للخصم ويضعها تحت يد الدائن ليستوفى منها دينه عند اللزوم وفى حدود قيمة هذه الأوراق المالية فقط ، فهو ليس ملتزما فى هذه الصورة شخصا أو ملتزما بالدين ككل.

وأما (Indemnity) تعويض الضرر فى القانون الانجليزى فهو التزام لا يشترط فيه ان يكون الضرر نتيجة ظروف طبيعية ، وهو التزام أساسى، وليس التزاما ثانيا يشغل ذمة الملتزم به مباشرة ، وهو ليس ضمانا أساسه تخلف المدين عن الوفاء بخطئ منه وإنما ، هو تعويض ضرر أيا كان مصدره وفى علاقة معينة .

والقانون الإنجليزى لا يأخذ بالمسئولية التقصيرية بقواعدها وشروطها كما هى مستقرة فى الفكر اللاتينى فتطبيقاته لذات الفكره لها مفهومها الخاص وتعويض الضرر (Indemnity) قد تدخل ضمن المسئولية التقصيرية غير العقبية فى القانون اللاتينى ، ذلك انها لا يلزم فيها الكتابة وقد تفرزها ، فى القانون الانجليزى ، الواقعة القانونية والتصرف القانونى على السواء أو ربما تكون هذه النوعية أقرب الى المسئولية المفترضة أو نوع منها . وتحديثنا عن الواقعة القانونية ، والتصرف القانونى لتوضيح هذا النوع من العقود .

وخطاب الضمان البنكى ، ليس واحدا من الأنواع الثلاثة ، فهو ليس الضمان التقليدى بالرغم من انه يضمن التزام المدين أو دينه فى حدود مبلغ معين من أموال ولكنه التزام أساسى وأصلى ومستقل عن العقد الاصلى والعلاقة فيه مباشرة بين البنك والمستفيد .

وهو أيضا ليس كفالة بمفهومها فى القانون الانجليزى ، وان كان التزام البنك محددا بمبلغ من النقود قريب الشبه من بعض أنواع الكفالة التى فيها يحدد الكفيل مسئوليته فى حدود

مبلغ معين كان يقدم اوراقا مالية قابلة للتداول والخصم ، يتنازل عنها للدائن ليستوفي حقه منها وفي حدودها فقط عند اللزوم دون اى مسؤولية اكثر من ذلك على الكفيل .

وهو ليس عقد تعويض ضرر (Indemnity) لان هذا قد يكون اساسه فعل ضار " مسؤولية تقصيرية فى القانون اللاتينى " ولكنه فى الواقع يعوض ضررا ، والانواع الثلاثة السابقة من الضمانات كثيرا ما تخلط ببعض لتكوّن عقدا جديدا له احكاما مختلفة .

وخطاب الضمان البنكى لا ينتمى لآى من هذه الضمانات الثلاثة فهو يصدر تأمينا لتخلف الامر أو لخطئه فى تنفيذ التزامه ، دون الزام على المستفيد لإثبات ذلك .

وتصدر شركات التأمين فى انجلترا ضمانات تسمى (Surety Bonds) سند تأمين او كفالة ، وهى افران للنشاط والممارسة ولأترد الى نوع محدد من الضمانات ولا تعدو الا ان تكون كفالة.

وتستعمل كلمة (Bonds) بدلا من كلمة (Guarantee) إستعمالا خاصة وهى تعنى اساسا (اى كلمة Bonds) الارتباط باى التزام مثل الالتزام بوثيقة رسمية لدفع مبلغ من المال وهى الان تستعمل فى تعريف أو وصف شهادات الالتزام بقروض مختلفة للضمان والاحكام التفصيلية لهذه الضمانات وكذلك طبيعتها قررتها احكام المحاكم على المدى الطويل ، وكثيرا منها تتعلق بالضمانات التى تعطى للبنوك من الشركات او الافراد لضمانات وتأمين دين أو قرض منحه البنك لطرف ثالث .

والضمان التقليدى فى انجلترا هو عقد من نوع خاص ، تكون له قوته الالزامية اذا كان ثابت بالكتابة وموقع عليه من الضامن او وكيله ، أو انه كان نتيجة اتفاق موقع من طرفيه . واذا ما تقرر الضمان بورقة رسمية أو موثقة ، فهو قائم بصرف النظر عن قيام الالتزام المقابل من عدمه او بمعنى آخر بصرف النظر عن سببه ، اما الضمان المقرر بورقة عرفية فيلزم ان يكون له سببا وليس من الضروري ان ينص عن هذا السبب فى سند الضمان .

والضمانات التي تعطى للبنوك عادة ما ينص في سندها أنها مقابل قرض أو أي تسهيلات أخرى أي أنه غالباً ما يذكر في سندها السبب .

والضمانات التقليدية هي التزامات إضافية ، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً أو غير قابل للتنفيذ كذلك يكون الضمان .. وكثيراً ما يُنص في الضمان على اعتبار الضامن في هذه الحالات مدیناً أصلياً مسؤولاً عن الدين تأسيساً على شرط التعويض.

(Indemnity Clause) وهذا ما يعبر عنه القانون اللاتینی بالضامن المتضامن ،

وإذا كان هناك أكثر من ضامن واحد فقد يكونوا مسئولین مسئولیة مشتركة عن كامل الدين مقاسمة بينهم أو أن يكون كل منهم مسئولاً عن كامل الدين ويرجع هو على الآخرين بحصة كل منهم طبقاً لنص الضمان إذا ما رجع عليه المستفيد وأستوفى منه كامل الدين. والا كان له أي للمستفيد أن يعود على الآخرين أو احدهما لما لم يستوفيه .

والتزام الضامن أو الضمَّان يغطي قيمة الدين في كل مراحلها فإذا لم ينص على ذلك أصبح الالتزام في حدود الدين في تاريخ صدور الضمان.

ويمكن للضامن أن يحدد مقدار ضمانه في عقد الضمان بنسبة معينة من الدين المضمون أو مبلغ معين .. فإذا ما كان الضمان لالتزامات المدين معين المقدار، - يبطل وينتهي هذا الضمان إذا ما زادت قيمة الدين المضمون على ما هو مسموح باقرضه طبقاً لعقد ضمان المدين .

ويحل الضامن الذي يوفى بالدين محل الدائن في جميع حقوقه قبل المدين بما في ذلك تأمینات الدين التي كانت للدائن .

ويمكن للضامن أن يتمسك في مواجهة المستفيد بسقوط حقه في الرجوع عليه أو تقادمه اعمالاً للقانون الصادر في إنجلترا سنة ١٨٧٤ ، والمسمى قانون سقوط الحقوق الصادر بهذا الخصوص ١٩٣٩ ويسقط الحق في المطالبة بالضمان الثابت بورقة أو بعقد عرفي بمرور ست سنوات من تاريخ قيام حق المستفيد في مطالبة الضامن اما الضامن المقرر بورقة رسمية

موثقة فلا يسقط الا بمرور ١٢ سنة .

وفى احدى القضايا حكمت المحكمة بأن الضمان الصادر تحت الطلب او عند الطلب يبدأ تاريخ السقوط فيه من تاريخ المطالبة به ، فاذا اعترف الضامن بمسئوليته عند المطالبة او دفع جزء من المبلغ لمضمون فان مدة سقوط الحق تبدأ من هذا التاريخ فاذا كان هناك وفاء جزئى من المدين فان السقوط يسرى بالنسبة له (بون الضامن) من تاريخ هذا الوفاء الا اذا اتفق على غير ذلك .

والضامن الذى يُضطر لدفع الدين يمكنه إجبار المدين على تعويضه وهو يستطيع مطالبة المدين حتى قبل الدفع للدائن المضمون .

ولا يملك الضامن إجبار المدين على الدفع الا اذا اصبح التزامه حالاً واجب الاداء لمبلغ معين المقدار.

هذه لمحة عن الضمانات العادية فى القانون الانجليزى والممارسة الفعلية وتنتقل الان الى خطاب الضمان البنكى فى القانون الانجليزى .

ثانيا : خطاب الضمان البنكى فى انجلترا

اوضحنا ان الضمان التقليدى ، فى انجلترا ، هو اساسا التزاما ثانيا فيه اثبات خطأ المضمون او تخلفه عن الوفاء ، واما الضمان عند الطلب والذي يعبر عنه (The demand Guarantee) فهو التزام مستقل يمكن المطالبة به بمجرد تقديم المستفيد لصرفه بون ان يلزم بتقديم اى اوراق او مستندات ، وكذلك ، قد يكون مشروطا صرفه بتقديم بعض المستندات (The Conditional demand Guarantee) والنوع الأول غير المشروط العبرة فى وصفه بذلك هو ماورد فى ورقته من تعبير كأن يقول صكه (ندفع بمجرد الاطلاع وبون التفات الى اى معارضة) .

والأمر فيه يوافق منذ البداية على ان مطالبة المستفيد بالدفع هي بذاتها الدليل على قيام الخطأ او التخلف الموجب له بالنسبة للبئك .

ولم تهتم المحاكم الانجليزية كثيرا فى البحث عن طبيعة الضمان بهذه الصياغة الواضحة وانما عنت بدراسة النص الذى ارتضاه الاطراف والزمتهم به ، واخذت بالناحية العملية، دون ان تنتهج نهج المدرسة اللاتينية التى تسير على اساس التشريع المكتوب والنظرة المشمولية فى ضرورة رد مثل هذه الوسيلة (خطاب الضمان) الى نوعية معينة من العقود والتصرفات .

ومع هذا فقد ذهب بعض الشراح الانجليزية الى ان خطاب الضمان غير المشروط هو نوع من عقود التعويض (The indemnities Contracts) وانه ليس عقد ضمان وذلك تأسيسا على ان هذه العقود لا تستند على ضرورة اثبات الخطأ .. هذا بالرغم من انه موضوعيا يتأسس خطاب الضمان البنكى غير المشروط على افتراض قيام خطأ من الأمر مبررا للصرف وان كان لا يلتزم المستفيد باثباته ، ومن ناحية اخرى فعقد التعويض (The indemnity Contract) والذى يعوض القسارة او التلف لا يقترب فى هذا من خطاب الضمان المشروط الذى لا يدور جوهره حول خسارة او تلف .

والواقع ان خطاب الضمان البنكى غير المشروط لا يمكن رده ، كما اسلفنا ، الى اى نوع من عقود الضمان السابق الاشارة اليها ، فالبئك المصدر يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود ولا يلتزم بتعويض أو خسارة، أو تلف ، ولا هو يُلزَم فيه إثبات الخطأ وهو منقطع الصلة بمناصفة صوره اى العقد الاصلى الذى أفرزه .

وبعض القضاة الانجليز شبهوا خطاب الضمان البنكى بالاعتماد المستندى أو اوراق الدفع.

وعلى اى حال يبقى خطاب الضمان دائما ومهما كان تكييفه مستقلا عن العقد الاصلى والالتزام فيه مباشرة من البئك للمستفيد وشخصى وغير مرتبط بعقد الأمر مع المستفيد ولا يؤثر فى قيامه الا خطأ المستفيد الفاضح على ما أوضحنا.

والبنوك تؤمن نفسها عند اصدار خطاب الضمان خاصة غير المشروط فتلتزم العميل في طلبه وعقده معها بالتزامه بدفع جميع التعويضات الناتجة عن اصدارها لخطاب الضمان بما في ذلك مصاريف الاجراءات القضائية والخسائر والتعويضات التي يضطر البنك دفعها ونفقات الاصدار ومصاريفه المرتبطة بخطاب الضمان او التي ترد اليه. ولكل بنك في هذا الخصوص عقده المطبوع الذي يغطيه تماما ، هذا علاوة على الغطاء الذي يطلبه كليا او جزئيا والفوائد على رصيد الغطاء المكشوف وغير ذلك .

وتحترم المحاكم الانجليزية الى أبعد مدى خطاب الضمان البنكي وتعمل مقتضاه ولا تتدخل في وقف صرفه او الغائه الا في حالات استثنائية للغاية فهو على حد تعبيرها شريان الدم الذي يغذى التجارة الدولية ..

تراجع الاحكام الاتية في مؤلف مع Rowe

(١) قضية هاربوت لميتد ضد بنك ناشيونال ويستمنستر سنة ١٩٧٧

(٢) قضية شركة ادوارد أوين الهندسية ضد باركليز بنك سنة ١٩٧٧

(٣) قضية شركة هاو ريشاروسون ضد بنك ناشيونال ويستمنستر سنة ١٩٧٨

وسوف نعود في الفصل الثامن « الغش في صرف خطاب الضمان » للحديث عن هذه الأحكام.

القانون الواجب التطبيق

وكل دولة تطبق قواعد تنازع القوانين لديها عند النظر في القانون الواجب التطبيق في الحالة المعروضة عليها .

والمحاكم الانجليزية تطبق قاعدة (اعمال القانون المناسب للعقد - The Proper Law of the Contract) وهو القانون الذي يكون أكثر التصاقا وقربا بالعقد .

وتطبيقا لهذه القاعدة يكون خطاب الضمان الاصلى وخطاب الضمان المقابل محكومين بقانون البلد الذى يتم فيه الوفاء .

وفى حالة ما يكون البنك مجرد مراسل اى وكيل يحكم قانون الوكيل علاقته بالبنك الاصلى الا اذا اتفق على غير ذلك . وغالبا ما يكون البنك المصدر وعميله من بلد واحد لذلك يحكم علاقتهما قانون بلدهما .

والقضاء الانجليزى يطبق أصلا، فى أى نزاع يرفع اليه، القانون الانجليزى الا ، اذ دفع امامه احد المتخاصمون يطلب تطبيق قانون آخر . وايسست مشكلة القانون الواجب التطبيق وحدها هى التى تنشور فى بعض المنازعات الخاصة بخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية، بل ايضا مشكلة المحكمة المختصة بالنزاع ويهتدى القضاء الانجليزى فى ذلك بالآتى :

(١) مكان إنعقاد العقد

(٢) موطن المتعاقدين

(٣) وجود المدعى عليه فى انجلترا عند قيام النزاع

(٤) مكان مناقشة شروط العقد .

وتكون المحاكم الانجليزية مختصة اذا عقد العقد فى انجلترا، أو كان موطن المتعاقدين فيها، أو قام النزاع والمدعى عليه مقيم فى انجلترا، أو نوقشت شروط التعاقد فيها .

ومن القضايا الطريفة فى هذا الخصوص قضية شبه جزيرة كسكى فى الساحل الشرقى من جنوب افريقيا التى أطلنتها حكومة جنوب افريقيا سنة ١٩٨١ بلدا مستقلا خاضع لإدارتها بهدف تخصيصها لاقامة السود فيها وشكلت لها حكومة خاصة ، وقامت حكومة كسكى بالتعاقد مع شركة بريطانية لبناء مستشفى ومدرستين ، وقدمت الشركة للحكومة خطاب ضمان بنكى قيمته ٣٧٥٠٠٠ دولار لضمان سلامة التنفيذ من خلال بنك انجليزى .

وطالبت حكومة كسكى بقيمة خطاب الضمان ورفعت الشركة الدعوى ضد البنك بوقف

الصرف لان أجل خطاب الضمان كان قد إنتهى وأدخل البنك حكومة كسكى فى الدعوى مؤكدا إنتهاء أجل خطاب الضمان، وقدمت حكومة كسكى دفاعها ورفعت دعوى فرعية اخرى بالتعويض .

وطبقا للقانون الانجليزى لايسمح لحكومة دولة غير معترف بها ان تمثل امامه مدعية او مدعى عليها ، وقالت وزارة الخارجية للمحكمة انها لم تعترف بهذه الدولة او حكومتها كنولة مستقلة ، وانه ليس لديها معلومات أكيدة عن مدى سلطان حكومة كسكى على أرض شبه الجزيرة .

وكان دفاع حكومة كسكى انها على اى حال تنازلات حكومة جنوب افريقيا لها عن سلطاتها فى شبه الجزيرة وإنما تحت وصايتها ..

وحكمت المحكمة العليا بعدم جواز رفع الدعوى من او على حكومة كسكى " حكم للمحكمة العليا فى ١٩٨٦/٧/٣ " وإنتهى النزاع برفضه شكلا دون التعرض لموضوع صرف خطاب الضمان من عدمه .

وتأسيسا على وجوب ان يكون خطاب الضمان ثابت بالكتابة ويتوقيع البنك وسنده كاف بذاته، تقوم بعض الصعوبات فى الممارسة الفعلية ذلك اذا كان خطاب الضمان قد صدر بناء عن تعليمات بالتلكس او الفاكس من بنك اجنبى لبنك محلى مقابل خطاب ضمان يصدره الاخير لمستفيد فى بلده ، فان العلاقة بين البنكين تكون مَحْكُومَة بخطاب ضمان وردت شروطه ونصه بتلكس وغير موقعة او بصورة على فاكس .. وغالبا لاتقوم اى مشاكل اذ يندر ان ينكر بنك محترم التزامه ولكن العبرة فى مَكْتَة سماع الدعوى عند رفعها وليس فى يد البنك المراسل خطاب ضمان من البنك الأمر .

ويلزم اذن ان يعزز البنك الأمر خطاب ضمانه للبنك المحلى كتابة ويتوقيعه . وقد يكون من واجب البنك المحلى طلب التعزيز الكتابى من البنك الأمر.

وتبقى مشكلة من اى التاريخين تكون مسئولية البنك الأمر تاريخ التلكس او الفاكس أم تاريخ تعزيزين خطاب الضمان المكتوب الموقع وهو سند الدعوى ؟؟ وإذا اختلف نص خطاب الضمان المبلغ بالتلكس أو الفاكس مع ورقته المرسلة من البنك الأمر لتعزيزه بعض الاختلاف فى الشروط الواردة بالتلكس او الفاكس التى صدر خطاب الضمان على اساسها من البنك المحلى للمستفيد فماذا يكون الحكم ؟

نرى أن الالتجاء الى العرف فى التجارة الدولية يسهل حل مثل هذه المنازعات النادرة الحدوث واعتبار التلكس أو الفاكس هو تاريخ بداية العلاقة بين البنكين وكذلك أساس خطاب الضمان ، المكتوب بما ورد فيها من شروط وذلك لأن سند الضمان وورقته هى فى الواقع تعزيز وثبات لواقعة تمت فعلا ومجموعة المراسلات تعتبر هى صك خطاب الضمان وسنده.

ايحاف المصرف فى القضاء الانجليزى Pay - First - ARGUE Later

سبق أن أشرنا الى ان القضاء الانجليزى يحترم خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية باعتباره شريان هذه التجارة ، ولا يوقف صرفه إلا بشروط صعبة ، ولذلك لا نجد قضايا كثيرة حكم فيها القضاء الانجليزى بوقف الصرف ، والبنوك من جانبها ، خاصة فى انجلترا ، تقاوم بإصرار حفاظا على سمعتها وقف الصرف لالتزامها غير القابل للرجوع فيه الذى إنطوى عليه خطاب الضمان .

ويلتزم البنك بالدفع اذا قدم اليه فى الميعاد طلب صرف خطاب الضمان مستوفى لكل ما ورد فى نصه ولا يوقف الصرف فى القانون الانجليزى إلا غش المستفيد الظاهر والفاضح والبين للبنك .

وهو اذا لم يفعل ربما واجهه عميله الأمر بعدم تعويضه عما دفعه بالرغم من ظهور غش المستفيد .

وعمليا لا يرفض البنك من تلقاء نفسه صرف خطاب ضمان غير مشروط ويقوم العميل

الامر الذي يشك في احتمال قيام المستفيد بالصرف غشا الى تنبيه البنك لذلك ومده بالمستندات المؤكدة للغش ..

مع هذا قد يرى البنك ان يدفع للمستفيد حفاظا على سمعته في البلد الاجنبي ، ولكنه في هذه الحالة يأخذ على مسؤوليته مخاطرة عدم إمكانه الرجوع على عميله الامر بما دفع ..

ويمكن للعميل الامر ان يلجأ الى المحكمة لطلب وقف الصرف المؤقت فاذا أُجيب لطلبه التزم البنك بعدم الصرف الى ان ينتهى النزاع موضوعيا بين الامر والمستفيد .

والمحاكم في الواقع لا تستجيب لطلب العميل بوقف الصرف الا في تلك الحالات التي يسمح للبنك تلقائيا بالامتناع عن الصرف للغش الفاضح من المستفيد الثابت بادلة قاطعة وقوية ، وهي نادرة جداً .

ويكون الهدف غالبا من وقف الصرف هو منع المستفيد من اخراج المال ، قيمة خطاب الضمان ، من انجلترا الى الخارج حتى الفصل في الدعوى الموضوعية وكذلك يلزم ان يثبت المدعى الامر عند طلب وقف الصرف انه يصعب عليه استرداد ما يصرفه المستفيد ، وانه سوف يصيبه ضرر جسيم من الدفع اكثر مما قد يصيب المستفيد من وقف الصرف .

ويعتبر المستفيد مرتكبا للغش الفاضح الموجب لوقف الصرف بحكم اذا زور المستندات او لفقها أو ارتكب غشا جسيما في التزامه الاصلى ، ولا يُؤيِّه حتى بذلك غالبا في خطاب الضمان غير المشروط المستحق بمجرد الاطلاع اذ لم يكن المستفيد ملزما عند الصرف باكثر من تقديم طلب الصرف وتوقيعه بالقبض .

وحتى يتمكن الامر أو البنك في بعض الحالات من الحصول على أمر أو حكم بوقف الصرف يلزم اثبات الاتي :

١- أن المستفيد يسلك سلوكا غير شريف بطلب الصرف .

٢- انه ليس هناك اى فرصة للمستفيد طبقا لعقده مع الامر لاستحقاق اى مبلغ أو تعويض .

٣- أنه تحت يد البنك دليل قاطع على عدم أمانة المستفيد فى طلب الصرف .

بعض الاحكام فى طلب وقف التنفيذ

(١) قضية شركة هوبوتل سون وينك ناشيونال ويست منسٲر سنة ١٩٧٧ مجموعة
لويذر (Lloyds)

اشترت شركة مصرية بعقود ثلاث من شركة إنجليزية بضاعة كان المفروض ان يتم دفع الثمن للشركة الانجليزية عن طريق اعتماد مستندى ، وعند التعاقد حصلت الشركة المصرية على خطاب ضمان بنكى بقيمة قدرها ٥٪ من الصفقة غير مشروط ولكن الشركة المصرية لم تفتح الاعتماد المستندى بدفع الثمن اللازم للتوريد ، فلوقفت الشركة الانجليزية الشحن .

تقدم الجانب المصرى بطلب صرف الضمان من البنك المحلى فى مصر .

رفعت الشركة الانجليزية دعوى بطلب وقف الصرف امام المحكمة فى انجلترا طالبة فيها وقف الصرف لخطاب الضمان الاصلى والمقابل مؤقتا لحين الفصل فى دعوى الموضوع وأسست دعواها على ان الشركة المصرية المشتري تسلك سلوكا غير شريف لانها لم تفتح الاعتماد المستندى وسيلة الدفع الثمن ، وأنها ، اى الشركة الانجليزية ، من حقها وقف الشحن حتى يتم فتح الاعتماد المستندى .

وصدر الحكم لها فى غيبة الجانب المصرى بوقف الصرف المؤقت ، ولكن البنك ، حفاظا على سمعته (بنك ناشيونال ويست منسٲر) أعاد عرض الموضوع على ذات المحكمة طالبا الغاء حكمها بوقف الصرف واستجابت المحكمة لذلك فى غيبة الجانب المصرى المستفيد والبنك المحلى فى كل مراحل النزاع .

وأسست المحكمة قضائها على ان الشركة المدعيه الامر (المدعى عليها فى طلب البنك) لم تستطيع اثبات غش المستفيد الموجب لوقف الصرف ولم يثبت ايضا ان البنك المصرى الذى قام بالصرف كان متواطأ وليس حسن النية فى صرفه للمستفيد لضمان غير مشروط .

٢- قضية هاو ريتشارد سن وبنك ناشيونال ويست منستر سنة ١٩٧٨ " مجموعة
"Lloyds

تعاقدت شركة على بيع ماكينات لشركة بواندية لوكيل حكومي بمبلغ نصف مليون جنيه
استرليني دفع ٥٪ من الثمن مقدما مقابل خطاب ضمان غير مشروط بمبلغ ٢٥٠.٠٠٠ جك ،
وطالب المشترون بصرف الضمان لأن البائعين لم يورثوا المكينات في التاريخ المحدد في
التعاقد حتى ١٩٧٧/٣/٣١ ، وحاولت الشركة البائعة وقف طلب الصرف بدعوى ضد البنك في
انجلترا ، ولكن المحكمة الاستئنافية رفضت طلبها مؤسسه قضائها على ان البنك لا علاقة له
بالعقد الاصيل وليس من واجبه بحث ذلك وخطاب الضمان غير المشروط يلزم صرفه .

٣- قضية شركة ادوار أوين للهندسة وبنك باركليز سنة ١٩٧٧ (Rowe)

تعاقدت شركة مع ليبيا على توريد وتركيب بيوت زجاجة للزراعة وحصل الجانب الليبي على
خطاب ضمان غير مشروط بقيمة قدرها ١٠٪ لضمان التنفيذ من بنك ليبيا مقابل ضمان
مقابل من بنك باركليز في انجلترا ،

وكان مشروطا في العقد ان يتم دفع الثمن بمقتضى إعتقاد مستندى ولم يقم الجانب
الليبي بفتح الاعتماد فوقف الجانب الانجليزي التوريد وصرف الجانب الليبي الضمان ،
وحصل البائعون على حكم من محكمة الدرجة الاولى بوقف صرف قيمة خطاب الضمان ومنع
بنك باركليز من الدفع للبنك الليبي ، وألغى هذا الحكم استئنافيا .

وكان دفاع الشركة الانجليزية انها سوف تضطر للمقضاء في ليبيا وانه ليس لديها فرصة
عادلة هناك ، هذا علاوة على ان سلوك المستورد الليبي يتسم بعدم الشرف لانه لم يفتح
الاعتماد المستندى اللازم لدفع الثمن ورأت المحكمة الاستئنافية ان هذا لا يقوم مبررا لوقف
الصرف إذ يلزم ان يكون هناك غشاً واضحاً من المستفيد ، وليس ما تقدّمت به الشركة كاف
في هذا الخصوص وان وقف الصرف سوف يضر البنك الليبي الذي لم يثبت تواطئه مع
المستفيد .

٤- قضية الشركة المتحدة وآخرين ضد البنك العربي وآخرين ٨٤/٧/٣٠ الفينانشيل تايمز
"The Financial Times"

اثناء الحرب العراقية الايرانية ، اتفقت شركة على توريد أغذية لمؤسسة عراقية ، واخذ الجانب العراقي خطاب ضمان من بنك الرافيدين مقابل خطاب ضمان صادر له من بنك البائعين ، وصرف الجانب العراقي خطاب الضمان غير المشروط من بنك الرافيدين ، واعتبر البائعون ان هذا الصرف تم غشا بسوء نية وعلى غير مقتضى الشرف ورفعوا دعوى طالبا فيها بوقف صرف الضمان المقابل من البنك الانجليزي .

ورفضت المحكمة طلب وقف الصرف وقالت انه بالرغم من ان الصرف يمكن ان يكون قد تم بأسلوب غير أمين إلا أن ذلك وحده غير كاف لوقف الصرف خاصة وبنك الرافيدين الذي صرف الضمان غير المشروط قد لا يعوض وهو حسن النية في الصرف ، اذا لم تعترف المحاكم العراقية بحكم وقف الصرف الصادر من انجلترا .

٥ - حكم مؤسسة التجارة الهندسية الصادر من محكمة الاستئناف في ١٩٨١/٧/١٧ بخصوص صفقة سكر والمنشور في التايمز في ١٩٨١/٧/٢٢ "The Financial Times"

في يوليو سنة ١٩٨٠ باعت مؤسسة التجارة الهندسية بالهند ٢٠٠.٠٠٠ طن سكر تسليم لفترة من يناير الى يونيو سنة ١٩٨١ بواقع ٥٠.٠٠٠ طن حد أعلى شهريا للتوريد . وتضمن العقد شرطا حول وجوب مد التوريد ثلاثون يوما اضافية اذا ما تعذر ربط المراكب وتدخلت الحكومة في تعويق التصدير .

وأخذ المشترون خطاب ضمان بنكي غير مشروط وغير قابل الرجوع يـه بمبلغ ٢٠١٦٥٢٥٠ جك صادر من البنك المركزي الهندي .

وفي ١٩٨١/٢/٢١ أوقفت الحكومة الهندية تصدير السكر وقبل ان يتقدم المشترون بطلب صرف الضمان لجأ البائعون الهنود الى المحاكم الانجليزية مطالبين بوقف الصرف والزام المشترون بذلك .

ويصدر الامر أولا بوقف الصرف ثم ...الغى وإستئناف الجانب الهندي حكم الالغاء ولكن المحكمة رفضت هذا الاستئناف ، وكان دفاع البائعين ان المشتريين ليس لديهم الحق فى طلب صرف الضمان طبقا للعقد الاصلى الا بناء عن اسباب مقبولة وعادلة ، ورفضت المحكمة هذا القول وقالت انه يتعارض مع مهمة خطاب الضمان فى التجارة الدولية بانه ليس هناك وسيلة لوقف الصرف فى خطاب الضمان غير المشروط الا ان يكون المستفيد غير أمين ومرتكبا غشل يفسد طلب الصرف .

وهكذا نرى ان المحاكم الانجليزية تتشدد فى القضاء بوقف الصرف وهى غالبا لا توقف صرف خطاب الضمان المقابل الا اذا كان البنك الاجنبى مشتركا فى الغش مع المستفيد ، ولا تكفى فى هذه الحالة بغش المستفيد وحده والسبيل الوحيد للتغلب على ذلك هو ادخال البنك الاجنبى فى الدموى اذا قبلت المحكمة ذلك وقبل ان يكون قد صرف للمستفيد، او مقاضاة البنكين معافى وقت واحد كل فى بلده طبقا للاختصاص .

وكثيرا ما تكون صياغة الضمان غامضة لا تُنبئ عما اذا كان الضمان تحت الطلب أو ضمانا عاديا، البنك ملتزما فيه بعد المدين ويُرَدُّ التزامه الى العقد الاصلى ، وتقيم المحاكم فى انجلترا اعتبارا لصياغة الضمان ودلالة ألفاظه.

المبادئ السائدة فى انجلترا فى طلب وقف التنفيذ

ليس من شك بأن قمة إحترام خطاب الضمان البنكى فى انجلترا والالتزام بصرفه لتأمين التجارة الدولية، باعتباره نظاما خاصه ليس من اللازم ألبحث من اى جنود له فى اى نظرية فقهية فهو قائم بذاته، وبسند، وبطبيعته المميزة، وباعتباره خدمة بنكية لازمة للتجارة الدولية تُرَدُّ الى نضه وهو منفصل عن العقد الاصلى وعقد الأمر مع البنك ويمثل التزاماً مباشراً على البنك شخص للمستفيد .

ولعل ذلك يتضح بجلاء في الحكم المشهور الصادر ١٩٧٨ في قضية بين بنك باركليز وعميله ضد مستفيد ليبى صدر له خطاب ضمان غير مشروط وفاء للدفعة المقدمة منه للشركة عميلة البنك ولكنه تسلم خطاب الضمان قبل دفع الدفعة المقدمة ثم طلب صرفه من البنك المحلى الذى اصدر له الضمان مقابل ضمان بنك باركليز المقابل .. وامتنع بنك باركليز عن الدفع ولكن القضاء الانجليزى ألزمه بالدفع وإحترام خطاب الضمان الصادر منه، واعميله الرجوع طبقا لعقده على المستفيد .

وانذاك نبهنا إلى التحوط لتلك الحالات وربط سريان خطاب الضمان بنصه على دفع الدفعة المقدمة أولا ويلزم القضاء الانجليزى والقانون العام النابع من احكام المحاكم ، البنوك باحترام خطابات الضمانات البنكية غير المشروطة خاصة والمشروطة والتي استوفت شكل استحقاقها طبقا للتوصىح الواردة بها بالصرف فورا مهما كانت علاقة الأمر بالمستفيد ويصعب فى القضاء الانجليزى صدور الأمر بوقف الصرف أو الحكم بذلك مؤقتا اللهم الا فى حالة الغش أو التزوير القاضح المكشوف من المستفيد والبنك الذى علم به أو توطأ فيه.

واتجاه القضاء الانجليزى يستهدف إعفاء البنك من أى مسئولية فى الدفع، طالما انه راقب استيفاء شروطه الصرف الشكلية الظاهرة دون أى مساطة له عن صحة موضوعية الصرف خاصة فى خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع ، ويكون دائما للعميل الرجوع على المستفيد سئ النية أو الذى أساء استعمال حقه المقرر فى الصرف.

وذلك على خلاف السائد فى فرنسا والمانيا ، ولا يرفض البنك بمبادرة منه الصرف للمستفيد الا اذا زوده الأمر بالدلة القاطعة عن غش المستفيد الذى يوشك على طلب الصرف ، ومع هذا يكون للبنك فى سبيل احترام تعهده أن يصرف للمستفيد دون مسئولية عليه . وعلى العميل الأمر الرجوع هو على المستفيد طبقا لعقده معه خاصة اذا كان المستفيد فى بلد اجنبى، ويرى البنك ضرورة الاحتفاظ بسمعته واحترامه لتعده فيها، وهو فى ذلك قد يخاطر بحقه فى الرجوع على العميل اذا ما حكم القضاء للأخير بأنه كان على البنك عدم الصرف.

ولكن اذا حصل العميل الأمر على وقف الصرف وكان البنك مختصم فيه إلترزم بعدم الصرف طبقا للأمر او الحكم المؤقت حتى يتم الفصل فى النزاع بين الأمر والمستفيد موضوعيا . والمحاكم تتشدد جدا فى اعطاء الأمر بإيقاف الصرف اذا كان هناك أى شك فى غش المستفيد ويكون المستهدف منع المستفيد من تحويل قيمة خطاب الضمان للخارج مع تعذر ضمان استرداده اذا قضى ضده موضوعيا ، ويلزم ان يكون الضرر الذى سوف يلحق بالأمر يصعب تداركه كأن يفقد السيولة النقدية اذا ما تم صرف قيمة الضمان وان المستفيد لن يلحقه مثل هذا القدر من الضرر .

وغش المستفيد قد يكون فى تزوير المستندات والاوراق اللازمة للصرف طبقا لنص خطاب الضمان الا فى حالة الخطاب غير المشروط والذى يؤخذ فيه اقرار المستفيد أساسا للصرف ويلزم ان يكون الأمر غير مساهم فى الخطأ مع المستفيد للحصول على امر ايقاف الصرف المؤقت ، وعامة يلزم اثبات عدم أمانة المستفيد المقطوع بها وإنعدام أى اساس له فى طلب الصرف يبين أن البنك فى ذلك ،

وقد يُطلبُ البنك ذاته الغاء أمر ايقاف الصرف الصادر ضده بناء عن طلب عميله حفاظا على سمعته كما حدث فى قضية بنك ناشيونال ويست منستر بالنسبة لأمر اصداره عميله ضد مستفيد مصرى لانه ، أى الأمر أوقف العملية التجارية لان المشتري المصرى لم يفتح الاعتماد المستندى للصفقة فى الميعاد ،

وحكمت المحكمة العليا بالغاء الامر المؤقت بوقف الصرف للجانب المصرى . والحكم سبق الاشاره اليه .

وحتى الظروف الطارئة لا تؤدى بالضرورة امام القضاء الانجليزى فى وقف صرف خطاب الضمان البنكى طبقا لشروطه .. ووضح مثال على ذلك قضية مؤسسة التجارة الهندية، التى قدمت خطاب ضمان لتنفيذ تصدير صفقة سكر (٢٠٠٠٠ طن) الى مشترى فى انجلترا ولكن الحكومة الهندية منعت تصدير السكر من الهند وقالت الشركة الهندية انها فى مواجهة

ظروف طارئة خارجة عن ارادتها في عدم الوفاء بالتزامها في التصدير . والحكم سبقت
الاشارة اليه

ولا يتمتع البنك الانجليزي عن دفع الضمان المقابل للبنك الاجنبى الا اذا كان لديه الدليل
القاطع على تواطؤ الأمر مع المستفيد ، وغالبا ما يمثل البنك الاجنبى فى دعوى طلب وقف
الصرف المؤقت اذ لم يكن الصرف قد تم منه وكان الاختصاص يسمح باختصاصه امام
القضاء الانجليزي او ان يتخذ اجراء ضد كل بنك فى بلده .

Mareva Injunetiom

مبدأ ميروفنا

ميروفنا اسم مركب صدر الحكم فى قضية متعلقه بها وأصبح بعد ذلك قانونا عاما ،
ومقتضاه أنه إذا كان من الصعب وقف الصرف إلا انه يمكن منع المستفيد من تحويل قيمة
خطاب الضمان للخارج بعد الصرف حتى يتم الفصل فى الموضوع ، ومبدأ ميروفنا الذى يعتبر
مبدأ قانونى عام نص عليه فى الفصل رقم ٣٧ من قانون المحكمه العليا الصادر لسنة ١٩٨١ .

وهذا المبدأ لا يمنع البنك من الدفع ولكن قد تُقَرِّد المحكمة عدم تمكين المستفيد بعد الدفع
له من تحويل واخراج قيمة الضمان المنصرف من انجلترا حتى الفصل فى الدعوى الموضوعية
، وذلك يستلزم اثبات ان تحويل القيمة يعرض الأمر لمخاطر لايمكن تداركها .

ولزم ان نوضح ان هذا المبدأ لا يطبق إلا فى حالة الضمان المقابل لان البنك الانجليزي
سوف يحول القيمة للبنك الاجنبى بناء على وفاء الاخير للمستفيد المحلى ، ولكن اذا كان
الضمان مباشر والمستفيد فى انجلترا فلا سبيل لتطبيق هذا المبدأ لانه ليس هناك اموال سوف
تحويل للخارج ويشترط أن يُدَلَّل المدعى على الآتى : -

١ - ان القضية الموضوعية محتملة الكسب.

٢ - ان هناك مخاطرة جدية اذا ما حولت قيمة الضمان الخارج.

٣ - ان المستفيد اذا صرف، فانه سوف يعجز اذا ما حكم ضده عن رد ما قبضه لاسباب وجيهة.

وذلك الى جوار شروط عديدة أخرى تعوق غالباً أعمال مقتضى هذا القانون.

والواقع ان قرص أعمال هذا المبدأ محدودة للغاية.

خطاب الضمان البنكي

فى تشيكوسلوفاكيا

وإتخذنا من تشيكوسلوفاكيا مثلا لدولة الكتلة الشرقية التى تأخذ بنظام السوق المغلقة ،
أما الآن ويعد خروج هذه الكتلة عن النظام واستقلال دولها الاتحادية فينتظر تغيير النظم التى
كانت سائده بعد انحصار النظام الشيوعى واستقلال النظم المختلفة فى البلاد التى كانت تدور
فى فلك الاتحاد السوفيتى المنتهى وخاصة تشيكوسلوفاكيا .

ويحكم خطاب الضمان فى تشيكوسلوفاكيا حتى سنة ١٩٩٢ القوانين الاتية :

(١) القانون ١٠١ لسنة ١٩٦٢ الصادر فى ٤/١٢/١٩٦٢ المواد من ٦٦٥ الى ٦٧٥ .

(٢) القانون ١٤٣ لسنة ١٩٧٠ الصادر فى ٢٢/١٢/١٩٧٠ وهو خاص بالقواعد التنفيذية
والجهات المناظرة بها تطبيقها وهى وزارة المالية والتجارة الخارجية الاتحاديتين " وقد
انتهى الاتحاد الآن " .

(٣) القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٠ الصادر فى ٢١/١٢/١٩٧٠ وأهم ما تضمنه القانون هو
محاولة الحد من حرية الاشخاص طبيعية كانت أو معنوية فى طلب اصدار خطابات
الضمان . اذ يلزم موافقة رقابة النقد اساسا ، وقد يقوم البنك المركزى أو بنك الدولة
مقام رقابة النقد فى بعض الحالات .

والقاعدة انه محظور دفع أى مبالغ من المال فى الخارج لحساب شخص طبيعى أو معنوى
غير مقيم إلا بأذن من رقابة النقد ، أو فى بعض الحالات من البنك المركزى ويسرى ذلك على
خطابات الضمان مشروطة كانت أو غير مشروطة بالنسبة للمعاملات الدولية .

وفى عمليات الاستيراد وما قد يُطلبُ بمناسبةها من خطابات الضمان من الموردين الاجانب يقوم بنك الدولة مباشرة بالسماح بها من خلال جهاز الرقابة على النقد الداخلى فى البنك .

وهناك تعليمات عامة لرقابة النقد تحدد الأحوال التى يمكن فيها طلب خطابات ضمان بنكية بولاية كخطابات الضمان المطلوبة لتغطية الدفعة المقدمة، او لضمان حسن التنفيذ فى عقود المقاولات ..

وهذا النظام جارى تغييره وتعديل القانون بحيث يسمح للجهات والافراد التى يمكنها ان تدبر غطاء كامل لخطاب الضمان الخارجى بالعملة الاجنبية من مصادرها الذاتية بحرية اكثر فى طلب اصدار خطابات الضمان .

والآن وبعد انهيار الاتحاد أصبحت هذه النظم من المحتمل تغييرها فى البلاد المختلفة التى خرجت من الاتحاد السيفيتى .

خطاب الضمان البنكي

في امريكا

The Stand-by Letter of Credit

الضمان في القانون الامريكى هو التزام ثانى يُردُّ أساسا إلى العقد الأصلي بين الضامن والمضمون، والضامن فيه كافة الفروع والدفاع المقرَّره في هذا العقد للمدين المضمون وليس للبنوك في امريكا حقا قانونيا في اصدار خطابا الضمان البنكية إعمالا لقانون الولاية والقانون الفدرالى على السواء . وللتحايل على هذا إبتدعت البنوك فى النشاط المحلى والنولى ما يسمى الاعتماد بالضمان The Stand-by Letter of Credit وهو اعتماد مستندى يفتحه ألبنك للمستفيد ليصرفه دون قيد أو شرط بمجرد طلب المستفيد الصرف ويتوقعه أو بتقديم ايصال باستلام المبلغ، والملتزم فيه البنك وقد يشترط عند الصرف تقديم سند معين وهو فى الواقع خطاب ضمان بكل مَقَوِّمَاتِهِ ولكن باسم خطاب اعتماد مستندى ، وهذا الالتزام البنكى يقوم عادة فى العمليات التجارية لضمان عميل البنك طالب الاعتماد فى مواجهة المستفيد ، وخطاب الاعتماد بالضمان ، هو صوره من صور خطابات الاعتماد المستندية المستعمله فى التجاره المحلية والولايات كوسيلة لوفاء المشتري بالثمن والتي لها صياغة نموذجية صادرة عن ال U C P وكذلك U C C ،

وهى معمول بها فى الولايات المتحدة ودوليا و تُعدُّ وسيلة فعّال للضمان غير المشروط الذى يكون فيه البنك مسئولا مسئولية مباشرة وصرف الاعتماد يتم غالبا بمجرد الاطلاع وتقديم ايصال من المستفيد باستلام المبلغ المحدد فى الاعتماد وإن كان مشروطا شأنه شأن خطاب الضمان يلزم تقديم السند أو الورقة المنصوص عنها فيه ومدته محددة فى نص الاعتماد المستندى المفتوح به .

ويُنصُّ في خطاب الاعتماد المستندي بالضمان أنه نهائى غير قابل للرجوع فيه من الأمر ومُعزَّز من البنك بمسئوليته عن صرفه مباشره ، وغير قابل للتعديل . وهو بهذا الوصف يكون مثل خطاب الضمان تماما غير المشروط أو المشروط طبقا لنصه وسندات ضمان التنفيذ الذى تقدمها البنوك فى أمريكا كوسيلة للضمان .

سندات ضمان التنفيذ

تختلف عن الاعتماد المستندى بالضمان فى كونها تمثل إلتزام بالدفع وليس دفعا لمبلغ معين ويطبىق أن يكون هذا الإلتزام مرهون الاستحقاق بالشروط الواردة به وتحقق الوقائع المشار إليها فيه وأخصها إثبات عدم وفاء المدين الأصلي بما تعهد به أو إخلاله بتعاقده ويكون من حق الضامن أن يقوم نيابة عن الدائن بالتنفيذ أو الدفع وتستعمل هذه الوسيلة أحيانا خاصة فى عقود المقاولات وتعد فى التجاره الدولية وسيلة ضمان بالتزام مباشر من البنك بدفع مبلغ من التقود قريبة الى خطاب الضمان ، أو على حدة تعبير القانون الإنجليزى فهى عقد نوعى Indemnity رسمى Under Seal بمقتضاه يلتزم شخص مع آخر بدفع مبلغ من المال معين إما قورا أو بعد أجل معين وسندات الضمان بالتنفيذ سواء أكانت مشروطه أو غير مشروطه تصدرها أيضاً البنوك الأنجليزىة وبنوك أخرى، فى التجارة الدولية باعتبارها ضمانات بنكية ، وهى تستعمل فى أمريكا محليا ودوليا لتغطية مخاطر مختلفة فى التجاره .

والسند بضمان التنفيذ The Proformance Bond وكذلك السند بالضمان الإبتدائى أو بالتأمين The Bid Bond وأيضا سند إعادته الدفع أو الوفاء أو الخصم The Repayment bonds جميعها تنطوى على التزام من شخصى ثالث بتعويض المستفيد منها من أى خساره محتمله نتيجة لخطأ أو تخلف المضمون طبقا لعقده مع المستفيد .

والسند The Bond ليس مجرد وعد بالوفاء بقيمته فقط ولكنه أيضا التزام الضامن بالقيام بالعمل الذى تخلف عند تنفيذ المدين المضمون بنفسه أو بواسطة شخص آخر ويدفع هو اى الضامن اى مصاريف أو تكلفة لذلك والمبلغ المذكور فيه يحدد سقف التزامه .

وفى العلاقات الدوائية تستعمل سندات ضمان التنفيذ وتقدم أيضا بأسلوب يجعلها قريبة جدا من الضمانات البنكية ، ولعل الفارق الجوهرى بينهما هو ان سند ضمان التنفيذ هو التزام باتمام العمل اكثر منه التزاما بدفع المبلغ المحدد به. وعادة يكون هذا الالتزام مشروط للمطالبة به تقديم أدله معينة ، ويكون للضامن فيه إما ان يختار اتمام تنفيذ الالتزام المضمون أو بدفع المبلغ من المال المناسب للتكلفة الفعلية.

وهذا النوع من الضمانات يستعمل غالبا فى عقود المقاولات أو التوريدات ولكنه قلما يستعمل فى ضمانات التصدير وسند ضمان التنفيذ يعد التزاما ثانيا أو أنه ضمان بنكى يخضع للقواعد العادية للضمان الكلاسيكى .

وهذا على أى حال سوف يأتى ذكره ، إن شاء الله فى الكتاب الثانى الذى نتناول فيه الضمانات البنكية الأخرى بخلاف خطاب الضمان البنكى ، موضوع هذا الكتاب، وكذلك تشير إلى شركات التمويل والضمان ، وهى ليست بنوك ولكنها تقوم ببعض أعمال البنوك ومنها اصدار كافة انواع الضمانات البنكية بما فى ذلك خطاب الضمان البنكى ، وهذه الشركات منتشرة خاصة فى امريكا وإنجلترا وأغلب بلاد أوربا ، ونشير إليها فى الكتاب الثانى.

الاعتماد المستندى بالضمان

The Stand-by Letter of Credit

ونعود مرة أخرى الى الاعتماد بالضمان لنقول أنه هو بذاته خطاب الضمان البنكى او هو الوسيلة الأمريكية البديلة عنه لأن القانون الأمريكى المنظم للبنك المركزى والصادر فى ١٨٨٤/٦/٣ يحد من نشاط البنوك فى اصدار خطابات الضمان تأسيسا على المبدأ القائل :

" أنه ليس من أغراض البنوك ضمان ديون الآخرين "

وهذا المبدأ معمول به فى إنجلترا أيضا فعمليات الضمان المباشر تدخل فى نشاط شركات

التأمين وشركات الضمان والتمويل لذلك لجأت البنوك الى وسائل اخرى لتوفير ضمانات بنكية لنشاط عملائها مثل الكمبيالات مقبولة الدفع او خطاب الاعتماد المستندي أو سندات ضمان التنفيذ السابق الاشارة اليها .

وفي البداية أنكرت المحاكم على البنوك في امريكا حقها في ذلك واعتبرته تحاليل على القانون وحكمت ببطلان مثل هذه الضمانات. واستقر بعد ذلك خطاب الاعتماد بالضمان كوسيلة بنكية معترف بها دوليا وقضائيا كضمان بنكي دون التضحية بالمبدأ القائل أنه ليس من أعمال البنوك ضمان ديون الآخرين،

ذلك لأن البنوك لا تقحم نفسها على العمليات التجارية أو تأخذ فيها أى دور أو تشارك فيها من قريب أو بعيد ، فالبنوك عند اصدار خطاب الاعتماد بالضمان تقصر التزامها على دفع مبلغ معين لشخص معين في علاقة مباشرة .

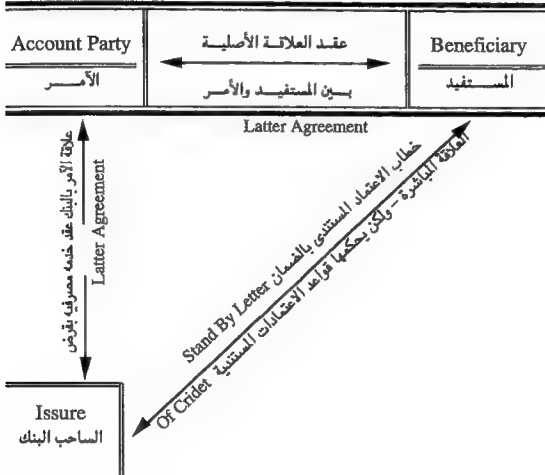
وينظم قانون التجارة الامريكي Uniform-Commerical Code في المواد من ١٠١/هـ إلى ١١٧/هـ الاعتمادات المستندية والاعتماد المستندي بالضمان لا يخرج عن الاحكام الواردة في هذه المواد ، لأنه يمكن لفاتح الاعتماد المستندي أن يسمح بصرفه دون قيد أو شرط الا مجرد تقديم إيصال بقبض المبلغ أو أن يكون كل المطلوب من المستفيد هو تقديم إقرار بأن الأمر لم يوفى بالتزامه واصبح الإعتماد المستندي بالضمان هو بذاته خطاب الضمان البنكي بمسمى آخر، وانتشر إستعماله خارج امريكا وكندا وبلاد امريكا اللاتينية والشرق الاقصى وأوربا ، على ما اسلفناه ، وأشارت إليه القواعد الموحدة الصادرة سنة ١٩٩٣ عن U.C.P Uniform Customs and Practice For Documentary-Credit ونشير هنا الى أن المانيا تعرف نوعا من الضمانات تصدر عن شخص ثالث ليس طرفا في العلاقة التجارية الأصلية يلتزم فيه بتعويض نسبة من الخسائر المشروعة لانتجاوز سقفاً معيناً ، أو يلتزم في الضمان بتحقيق نتيجة أو أن يكون الضمان منصب على عدم حدوث أثر معين وهناك ضمانات الحكومة للمستثمر بتعويضه في حدود نسبة معينة من الخسائر وهناك شبه بين هذه

الضمانات وخطاب الإعتماد المستندى بالضمان أو خطابات الضمان البنكية ، ومثل خطاب الضمان البنكي ، يلجأ العميل في أمريكا الى بنك طالباً إصدار خطاب اعتماد مستندى بالضمان مشروط أو غير مشروط لمستفيد محلي أو أجنبي الذي غالباً ما يطلب اعتماد بالضمان من بنك المحلى يكون فيه هذا البنك مدين مباشر للمستفيد وليس مجرد مراسل، وهذا مثل خطاب الضمان البنكي تماماً ويغطى جميع الحالات التى يغطيها الأخير ويلزم أن نلاحظ إختلاف جوهر العلاقة القانونية بين البنك وعميله فى خطاب الاعتماد المستندى بالضمان ، عنها فى خطاب الضمان البنكي فالقانون ينظم العلاقة بين البنك والعميل بخصوص الاعتماد المستندى عموماً وكذلك الاعتماد المستندى بالضمان إلا أن كلاهما عقد خدمة مصرفية .

العلاقات الثلاثية في الإعتداء

المستندى بالضمان

Stand by Letter of Credit



وهذا الجول يوضح الخلافات الجوهرية بين الإعتداء المستندى بالضمان وخطاب الضمان البنكي وكلاهما التزام مباشر من البنك لمستفيد معين ونهائي بالنسبة للبنك وفيه كل سمات خطاب الضمان البنكي .

خطاب الضمان البنكي فى التجارة الدولية فى الصين قانون (لى LI وفا F.A)

تتأثر صياغة القوانين وتحديد أهدافها بحضارة أى بلد وجنوره الفكرية والفلسفية ، وكما أثر الفكر الرومانى فى القوانين الاوربية ، كذلك فى الصين ، تأثرت بفلسفاتها القديمة .

ومفهوم العدالة فى هذه الحضارة، هو تخلف التناغم والتعادل اى قانون (ال Li) فحوث خلاف بين شخصين معناه خروج احدهما او كلاهما عن قانون (ال Li) وهذا أمر مشين؛ يلزمهما بالجلوس معا لانهاء ذلك ، والعودة للتناغم والتوافق مع قانون (ال Li) وفيه معنى السبب ، وقد يلجأون لحكيم له احترامه ونفوذه الادبى ولكنه ليس قاضيا محترفا أو ، داخل فى اى نظام قضائى .. وهذا الحكيم يشير عليهم بما يلزم ان يقوموا به احدهما او كلاهما لعودة التناغم وسيادة القانون (ال Li) على علاقاتهم ورفع الحرج الاجتماعى الذى أوجدهما فيه الخروج عن هذا القانون ، لان هذا الخروج عن قانون (ال Li) هو سلوك مخل بالشرف والمنزلة بين الناس .

والتجاء اى شخص الى المحكمة بسبب ذلك قد يؤدى الى عقابه ، هذا علاوة على فقدده لإحترام ذاته واحترام الآخرين له باعتباره خارج عن قانون (ال Li) الطبيعى .

ويقابل قانون (ال Li) قانون آخر (الفا Fa) وقد يعد قانونا للعقوبات ، والمؤسسة التى كان منوط بها تطبيق واعمال مقتضى قانون (الفا Fa) كانت تسمى (Yamen) وهى ليست محكمة ، فمُهِتْهَا أصلا ، تعليم الأدب والفن والشعر وجمع الضرائب ، وبعض المهام الاجتماعية الاخرى ومنها تطبيق قانون (الفا Fa) وكان يُلجأ اليها ليس فقط فى المسائل الجنائية ولكن ايضا فى الخلافات المدنية اذا لم تصمم من خلال الطرفين او عن طريق مشورة حكيم ، ذلك انه سواء اكان الخلاف مبنى أو جنائى ، فهو ، اخلافا بقانون (الفا Fa) مستوجب العقاب .

وهذا النظام فى فلسفة كونفشيوس يؤدى الى موت الضمير ، وتمزيق العلاقات الاجتماعية والاسرية والصداقات ، ولذلك ، لم يكن من المستحب الالتجاء الى (اليامن Yamen) واعمال قانون (الفا Fa) .

ومن جهة اخرى فإعمال مقتضى اى قانون انما هو تطبيق لاحكام هذا القانون ، وايس تحقيقا للعدالة ، وهناك مسافة واسعة بين تطبيق احكام القانون وارساء العدالة وفكرة العدالة ذاتها فى فلسفة الصين ليس لها ذات مفهوميها فى الفلسفات والحضارات الاخرى بل هى غير ذات مدلول ، فليس ثمة من عدالة فى نسيج هذا الوجود ، وانما هناك تناغم وسبب اى (لى نأ)، واستمرار هذا التناغم والانسجام فى العلاقات بل فى الحياة هو المطلوب وليست العدالة . ولعل هذه الفلسفة هى التى افرزت العلاج المعروف (بالابر الصينية) التى تحفز الجسم الى إعادة التناغم بين اعضائه وخلاياه اى اعمال بمقتضى قانون (لى نأ)على الطبيعة البشرية .

وواضح من هذه الفلسفة ان المحاكم والقضاء ليس لها مجال حيوى فى نسيج المجتمع الصينى القديم .

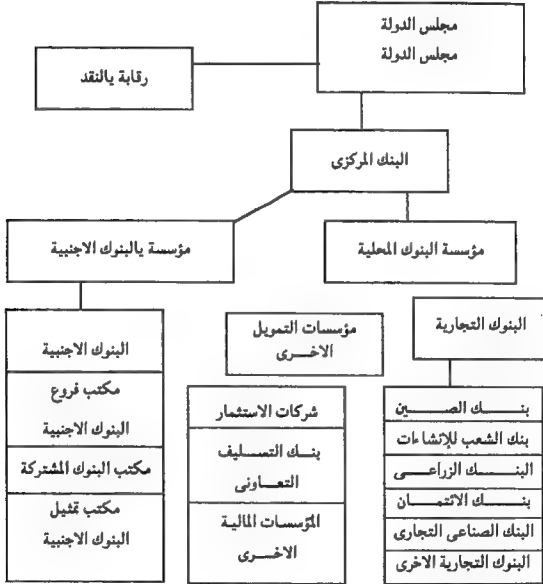
ولكن هذه الحضارة أخذت من الحضارة المعاصرة قوانينها خاصة بعد الثورة الشيوعية ، وبدأت تتخلى ، بون أن تقطع الحبل الأسرى ، عن فلسفتها القديمة خاصة فى النظام القضائى والقانون وبدأت التقنين بعد الثورة الشيوعية يستهدف تحطيم النظام الرأسمالى ، فكما اتخذت الرأسمالية القانون وسيليتها لاختضاع الطبقات العاملة ، أخذت الثورة الشيوعية وسيلتها لاعمال مبدأ دكتاتورية البروتارية .. ثم هدمت الثورة قوانينها فى عهد ماوتسى تونج ، بما يسمى بالثورة الثقافية ، التى قام بها شباب الحزب الشيوعى بموافقة ماوتسى تونج وأخذت الامور بيدها ، لان ، القانون ليس له جنور فى الفكر الصينى بمفهومه فى البلاد الاخرى .

ثم إستعاد القانون عافيته ونفوذه بعد موت ماوتسى تونج ، وأدخلت بعض الاصلاحات الديمقراطية وقامت محاولات لتشكيل المجتمع الصينى بالاسلوب المعاصر السائد فصدر دستور سنة ١٩٨٢ وقانون الزواج سنة ١٩٨٠ وقانون العقود الاقتصادية سنة ١٩٨١ ، وقانون قوانين الاستثمار ٢٧٥العقود الاجنبية سنة ١٩٨٥ ، ومجموعة القانون المدنى سنة ١٩٨٦ وقوانين الاستثمار والبنوك : - وهكذا بدأت الصين الحديثة فى الثمانينات من هذا القرن تأخذ

بالتشريع والتقنين .

قانون البنوك

ويقسم القانون البنك الى البنوك الدولية والبنوك المحلية . والدولة ممثلة فى مجلس الدولة المشرف الأعلى عليها طبقا للجدول الاتى :



وبدا دخول البنوك الاجنبية الصين في السبعينات ووصلت الى مائة بنك ومؤسسة مالية في الثمانينات علاوة على ١٧٦ مكتب تمثيل .

والمؤسسات المالية والبنوك وكذلك البنوك الصينية أخذت في ممارسة التجارية الدولية وفقا للنظم السائدة والمتعارف دوليا خاصة بالنسبة للاعتمادات المستندية وخطابات الضمان البنكية والبنوك الاجنبية او فروعها المسموح لها بالتعامل في الصين والمتواجدة داخل الصين او في الخارج ، وكذلك المؤسسات المالية الاخرى، تتعاطى عمليات القروض ، والايداعات النقدية والتصدير والاستيراد والاعتمادات المستندية وخصم المستندات وعمليات الاستثمار والضمان والتأمين والاستشارات البنكية وتتعامل في سوق الصرف وغير هذه النشاطات .

وكل ذلك تحت اشراف البنك المركزي .

قوانين ضمان القروض

والبنوك الاجنبية التي تمول المشاريع الكبيرة في الصين يهملها ضمان سداد ديونها من مؤسسة صينية لديها القدرة على ذلك ، ومتاح لها النقد الاجنبي اللازم لدفع مستحققاتها ، فهي تخشى عدم القدرة على الوفاء بقروضها او تسهيلاتهما وقد لا تكفي اموال العميل اذا ما اضطرت الحصول على دينها جبرا بحكم قضائي او بالتحكيم .

ولعل البنوك الاجنبية التي اسست في الصين او تلك التي لها فروع تنشط مباشرة في سوقها ، لاتشعر بذات القدر من المخاطر باعتبارها قادرة على توفير قدر اكبر لحماية معاملاتها .

وبدول طرف ثالث ضامناً في عمليات القروض او ضامناً لالتزامات احد الطرفين في العقود التجارية خاصة الكبيرة منها والدولية ، أمر لازم ، خاصة في عقود بيع التكنولوجيا .

وقد تنمى لدى مثل هذه الضمانات مؤسسات أو بنوك للتقليل من مخاطر النشاط التجارى

الدولى بالنسبة للدائن الاجنبى .

وقد تَظَمَّت الدولة عمليات ضمان المدفوعات الاجنبية فى الصين . وتقوم ادارة الرقابة على النقد بتحديد مجموعة من مؤسسات التمويل والبنوك الاجنبية أو فروعها ، والمحلية ، تسمح لها بتقديم ضمانات المدفوعات ، أو المستحقات الاجنبية ، وحتى سنة ١٩٨٧ كان هناك ٥٣ مؤسسة صينية وشركات استثمار وكذلك اربعون بنك محلى و واحد وعشرون بنك اجنبى لها جميعها حق اعطاء هذه الضمانات .

ولم يكن واضحا متى يكون الضمان الصادر عنها صحيحا أو باطلا ، وكذلك لم يكن واضحا الى اى حد يمكن ان تذهب هذه المؤسسات فى ضمان القروض والالتزامات ، وايضا لم يكن معروفا قواعد اختيارها .

وفى ١٩٨٧/٢/٢٠ اصدر البنك المركزى الصينى تعليمات وقواعد تنظيم عملية اصدار الضمانات وأعطت رقابة النقد حق الاشراف على الضمانات ، فاقترت التراخيص السابق منحها للبنوك والمؤسسات المالية والشركات بمزاولة نشاط ضمانات القروض الاجنبية .

ولكنها حددت حجم الضمانات التى تصدرها كل مؤسسة أو بنك بشرط ألا تتجاوز ٢٠٪ من حجم الديون المستحقة لها فى الخارج .

وهذا التحديد لا يسرى على البنوك الاجنبية أو فروع البنوك الاجنبية التى توجد فى الصين وأقر البنك المركزى السماح للشركات المخولة من قَبْل حق اصدار الضمانات بالاستمرار فى هذا النشاط ، وذلك بشرط ان يكون هذا فى حدود المبالغ المحقق استحقاقها لها أو الموجودة لديها من النقد الاجنبى والشركات التى تستفيد من هذه الضمانات نعى الشركات المضمونة هى تلك المسجلة فى الصين طبقا للقانون بما فى ذلك شركات الاستثمار والشركات المشتركة . ولا يسمح بضمان الشركات الاجنبية الموجودة والمسجلة فى الصين الا اذا رهنتم اموالها

من النقد الاجنبى بذات قيمة القرض ويعنى آخر يلزمها أن تُدبر تأميناً نقدياً بقيمة القروض من النقد الاجنبى المتاح لها .

وممنوع على الشركات والمؤسسات المالية الصينية ان تقدم ضماناً لرأس المال اللازم للشركات الاجنبية الموجودة فى الخارج لمزاولة نشاطها فى السوق الصينى من خلال فرع لها فى الصين أو مباشرة ، ومع ذلك يمكن الحصول على اذن خاص من رقابة النقد بذلك .

ويلزم تقديم دراسة جدوى لاي مشروع مطلوب له ضمان قبل منحه ، وكذلك يلزم على مانح الضمان حمل ضمان مقابل ، والبنوك الاجنبية تستعلم من ادارة رقابة النقد الاجنبى عن امكانات الضامن ومركزه المالى ومصادر النقد الاجنبى لديه .

ويلزم ان يتعاقد الضامن بعقدين منفصلين احدهما مع الدائن والاخر مع المدين ويعد ابرامها يُحالا الى رقابة النقد الاجنبى مرفق بهما المستندات خلال عشرة ايام وتقوم رقابة النقد بالتأكد من عدم مجاوزة سقف الضمان الحد المسموح به للجهة الضامنة ولا يصبح الضمان معمول به الا بعد تسجيله فى رقابة النقد .

واعمالا لمقتضى عقد الضمان ونصوص القانون ، يحل الضامن محل الدائن فى حق الرجوع على المدين بقدر ما أوفى وله ان يتقاضى أتعاباً عن تقديمه للضمان ، وله ايضا الحق فى الزام المدين بتقديم تأمينات لضمانه وطبقا للقانون يمكن للضامن التحلل من التزامه فى حالتين :

١ - عند تعديل العقد الاصلى بين الدائن والمدين المضمون يلزم ان يقره الضامن والا سقط ضمانه طالما ان التعديل يمس جوهرها كقرض مثل مقداره وسعر فائدته وسعر الصرف.

٢ - يلزم ان يطالب الدائن مدينه الاصلى بالوفاء طبقاً لشروط العقد وفى المواعيد المقررة به

والا سقط الضمان ، وكان من حق الضامن الرجوع علي الدائن بما تكبده من مصروفات.

وقانون ضمان القروض ، في الصين ، يتحدث عن الضمان العادي الذي تتعاطاه الشركات والبنوك والمؤسسات في الحدود المرسومة لها وهو قريب من عقد الضمان ، وعقد الكفالة التقليدي في القوانين الاخرى لانه :

١- التزام ثانى بوافاء الدين بعد الرجوع على المدين الاصلى .

٢- مرتبط بالعقد الاصلى وجودا وعدما .

٣- للضامن كافة دفعات ودفاع المدين قبل الدائن ويحل محل الدائن قبل المدين عند الوفاء.

والشركات والمؤسسات ، والبنوك التى تصدره يلزم ان يكون مصرحاً لها بذلك ، ولا يلزم ان تكون هذه الجهات متخصصة في الاعمال المالية او البنكية او ان تكون شركات ضمان ، كما هو الحال في امريكا مثلا .. ولكن المهم ، ان تكون مصرح لها بمزاولة عمليات الضمان .

وليس هناك قاعدة او نظرية في اختيار هذه الشركات عند التصريح لها بتقديم الضمانات ، ولكن البنوك تزاوّل هذا العمل في الصين ويصرح لها به ، وهذا النوع من الضمان جارى في المعاملات الدولية مع الصين .

قانون التأمين في الصين

يرجع وجود نشاط التأمين في الصين الى سنة ١٨٨٥ ولكن قوانين التأمين الصينية ظهرت سنة ١٩٧٩ وهي تنظم نشاطات التأمين المختلفة في الصين وهي متعددة بلغت حوالي مائة وثلاثون نوعا سنة ١٩٨٦ منها التأمين على الاعمال التجارية ، والتأمين البحري ، وتأمين الاستثمارات وخلاف ذلك ، ويستعمل التأمين في الصين كوسيلة من وسائل الضمان في التجارة الدولية ، شأن باقى نشاطات التأمين في الدول الاخرى .

خطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية

في الصين

تأخذ التقنيات الحديثة في الصين خاصية في مجال النشاط التجاري والاستثمار ، والتأمين بما هو سائد دوليا ، سواء بالنسبة للتطبيقات الدولية او الاعراف الدولية خاصة في أعمال البنوك عامة وبالنسبة لاوراق الدفع والاعتمادات المستندية ، وخطابات الضمان وقد راجعنا (بنك أوف تشاينا Bank of China) فأنهى الينا بخطابه المؤرخ ١٤/٩/١٩٨٩ الاتي:

اولا : ان الصين تأخذ بالقاعدة الموحدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية لخطاب الضمان البنكي غالبا وأساسا I.C.C.

ثانيا : هناك عشرة مؤسسات مالية وبنوك مصرح لها باصدار خطابات الضمان البنكية في التجارة الدولية .

ثالثا : هناك انواع عديدة من الضمانات البنكية يصدر شأنها خطاب ضمان بنكي منها ضمانات المراكب والضمانات الملاحية ، وضمانات التنفيذ ، وضمانات الدفعه المقدمة ، وضمانات الوفاء بالالتزام. ويغطي خطاب الضمان البنكي في الصين كافة النشاطات التي يغطيها في اي بلد آخر .

رابعا : ليس هناك صياغة موحدة لجميع انواع الضمانات وانما تدرس كل حالة بظروفها .

خامسا: تراقب وتشرف ، ادارة الرقابة على النقد الاجنبي ، المتفرعة عن البنك المركزي والمؤسسات والبنوك الدولية على اصدار خطابات الضمان .

القوانين التي تحكم خطاب الضمان البنكية في التجارة الدولية

في الصين

نشير إلى القانون الدولي الخاص في الصين Privet International Law وحتى سنة ١٩٨٠ لم يكن هناك الا قواعد قليلة مكتوبة في القانون الدولي الخاص وكانت المحاكم تسيّر على المعاملة بالمثل أخذاً في الاعتبار السياسة العامة - ولكن المبادئ المكتوبة بدأت تكثر خلال السنوات الأخيرة فقط وكذلك أدت زيادة المنازعات والقضايا التي فيها أطراف أجنبية في التجارة الخارجية وساعدت على تطور القانون الدولي الخاص.

وتطبيق القوانين الأجنبية وكذلك تنفيذ الاحكام الأجنبية أُرست قواعد جديدة لا تتفق مع القواعد المقننة للقانون الدولي الخاص - وتطبيق الاتفاقات الدولية - واعمال مقتضى قواعد العرف الدولي في حدود ضيقه.

SHEWAI

Foreing - Related Casses

ومبدأ أو تعبير Shewai يعني أن تطبيق الاتفاقات الدولية أو العرف الدولي انما هو متاح ومسموح به فقط في المعاملات التجارية الخارجية. وأشار الى ذلك القانون المدني الصيني في المادة ١٤٢ - وكذلك قررت المادتين ٦٠ هـ في قانون العقود الاقتصادية في الصين أن Shewai هذه قاعدة لا تطبق إلا على العقود مع الشركات أو الاشخاص الاجانب - ولم يوضح القانون الصيني مفهوماً محدداً لمبدأ Shewai فالاجانب الذين لهم نشاطاً في الصين ومُقيمين بها

يخضعون لقوانين التجارة المحلية - وإما العقود المبرمة بين شركات أجنبية وشركات صينية فهي تخضع لمبدأ أو نظام Shewai ونتيجة لذلك يحكم قانون العقد التجارى الصينى الشركات والاشخاص الاجانب المقيمين والاتفاقات والاعراف الصينية لا تطبق القوانين الاجنبية.

وكثيرا ما يكون الموضوع الواحد والذي فيه نشاطا أجنبياً خاضعاً لمبدأ Shewai فى مكان وغير خاضع له فى مكان الآخر وصدر حكم من محكمة الشعب أو المحكمة العليا فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٨٥ يقرر :-

أن مبدأ Shewai يطبق على القضايا التى يكون جميع أطرافها أجنبى أو أن يكون بها طرف أجنبى سواء أكانوا أفراد أو شركات طالما أن الأجنبى مقيم أو مقره فى الخارج أو أن تكون العلاقة التعاقدية قد عَصَتْ فى الخارج وأن موضوع العلاقة القانونية تمت فى الخارج أيضاً.

وقاعدة Shewai هذه غير واضحة التطبيق فى اعمال مقتضى القوانين الاجنبية والعرف الدولى فى العلاقات التجارية الدولية.

والذى يهمنا فى خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية فى الصين أن نوضح، وبقدر الامكان، القواعد أو القوانين التى تحكمه فى القانون الصينى وتحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص.

وعلى أساس ما انهاء الينا بنك الصين فمن المفهوم أنهم فى الصين يطبقون المبادئ الاساسية لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وطبقاً لما أوردها المنظمات الدولية فى تنظيمه خاصة I.C.C.

ولكن يلزم أن نشير هنا الى موضوعين :-

الموضوع الأول هو تطبيق العرف الدولي

فالمادة الخامسة من قانون عقد التجاره الدولي في الصين تسمح بتطبيق العرف الدولي - إذا ما أخفق طرفى العقد الدولي والذي فيه طرف أجنبى « شركة كانت أو شخص » فى الاتفاق على القانون الواجب التطبيق - وكان القانون الصينى لم يعالج مثل هذا الموضوع المعروض على المحكمه وتطبيق العرف الدولي فى الصين يخضع للاعتبارات الأجنبية : -

١) اعمال العرف الدولي يكون فقط فى حالة Shewai Cases اي القضايا التى تحكم بقاعدة Shewai

٢) لا تلقى قواعد العرف الدولي - نصوص القانون الصينى فهى ليست فى مركز أعلى منه - والقانون الصينى يرى اعمال مقتضى العرف الدولي فقط إذ لم تكن هناك اتفاقيات دولية خاصه أو قانون محلى يحكم الموضوع مباشرة.

وهذا يجعل من الصعب معرفة ما إذا كانت المحكمه سوف تطبق العرف الدولي أو القانون المحلى خاصة ومواد القانون الصينى عامه فيمكن خلعها على أى موضوع.

٣) والاعتبار الثالث هو نص المادة ١٥٠ من القانون المدنى الصينى التى تقضى بأن تطبيق العرف الدولي يلزم الا يتعارض مع المصلحه العامه للصين.

٤) وأخيراً فتطبيق العرف الدولي على النزاع إنما يخضع أولاً وأخيراً لقرار المحكمه. وبيد أن الاتجاه الآن هو محاوله توضيح قواعد محدده لحالات تطبيق العرف الدولي.

الحالة الثانية تطبيق القانون الاجنبى

وهنا نتعرض مباشرة للقانون الواجب التطبيق والمحاكم الصينيه من حسن الخط تعترف بالقوانين الاجنبيه واعمال مُقتَضَاهَا كمبدأ طبق فى بعض الحالات طبقاً لنصوص المواد ٨٥، ٨٠، ١٤٥ من القانون المدنى الصينى.

ويمكن تأسيس تطبيق القوانين الاجنبية أيضاً على الاتفاقات الدوايه - وعلى ذلك قد تطبق المحاكم الصينيه القانون الاجنبى بدلا من القانون الصينى فى بعض القضايا .

وليست هناك مواد مباشره وواضحه فى القانون الصينى تُحيل على القوانين الاجنبيه - فلا يقرر القانون المبادئ القاطعه بالاحالة الى قانون اجنبى فإذا كان هناك عقد رأت المحكمه الصينيه فيه وجوب تطبيق قانون الولايات المتحدة على النزاع القائم بشأته، ولكن قواعد الاحاله فى القانون الامريكى تقرر أن الحاله يحكمها القانون الصينى - فليس واضحاً فى مثل هذه الحاله أى القانونين سوف تُعْمَلُ مقتضاه المحكمه الصينيه .

ويبقى المخرج الاساسى فى منازعات خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوايه هو اللجوء إلى التحكيم - ومن حسن الحظ - أن التحكيم فى الصين نظمته عدة قوانين.

وربما يكون اللجوء إلى القواعد الموحده الصادره عن المنظمات الدوايه حلاً مثاليا لهذه المشكله وأما بخصوص الاحكام والتحكيماات عن منازعات خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوايه فى الصين - فهى علاقه، على انها لم تسهم فى تقريره، فهى أيضاً لم تنشر فى المراجع العالميه.



نماذج لصياغات البنوك
لخطاب الضمان البنكي
في بعض دول العالم

الفصل السادس

نماذج لصياغات البنوك - لخطاب الضمان البنكي في بعض دول العالم أولا البلاد الإسلامية

توضيح

ليس هناك صياغة موحدة لخطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية متفق عليها دوليا ، ولا يمكن أن يكون ذلك كذلك.

لأن صياغة خطاب الضمان البنكي يحددها نوع الضمان المطلوب ، وأنواع خطابات الضمان متعددة ، كما أسلفنا ، ولا تقع تحت الحصر ، ويلزم أن يكون لكل نوع من أنواع خطابات الضمان صياغته .

فخطاب الضمان الملاحى تختلف صياغته عن خطاب ضمان في العمليات التجارية المختلفة وعقود المقاولات - والمناقضات - وضمانات التنفيذ - والدفعه المقدمه ... الخ .

والأمم من ذلك أن قوانين البلاد المختلفة تملئ صياغات مختلفة لخطاب الضمان لتتفق مع قوانينها ، فإن كلمات خطاب الضمان وصياغته إنما تخضع أساسا لاتفاق الأمر والمستفيد في عقدها الأصلي ، وهذه العقود تختلف من عقد لآخر .

ويلزم أن تتوافر دائما في الصياغة الأركان الأساسية لخطاب الضمان البنكي طبقا للعرف الدولي والقوانين وأخصها انفصال العلاقات الثلاثية المحيطة به، وأنه مجرد من السبب وأن التزام البنك فيه مباشر للمستفيد لا يتوقف على إرادة الآخر؛ وإنه ساري المفعول طوال أجله ، سواء أكان مشروطا أو غير مشروط ، وإن ورقته أو صكه كافي بذاته.

وقد جاء في المرجع العملى لخطابات الضمان الصادر عن إدارة التنظيم المصرفية للبنك
الأملى المصرى ؛ صيغ خطاب الضمان ما نصه :

يتعين أن تُصدّر خطابات الضمان على النماذج المستخدمة فى البنك نموذج رقم ٢٧١١
مع مراعاة عدم إصدار خطابات ضمان تمويلية وهى التى تصدر لضمان ديون ... الى آخره
والملفت للنظر ، هو الالتزام أن تصدر خطابات الضمان على النماذج المطبوعة المستخدمة
فى البنك ، وتحديد رقم النموذج والتعبير بكلمة « يتعين ».

وهذا قطعاً غير عملى من المرجع العملى، الذى يقول بذلك - ولا يسير على ذلك البنك ذاته
فقد يكون النموذج مقبولا من الأمر أو غير مقبول فيتم صياغة خطاب الضمان بحريه وبالنص
الذى يطلبه العميل ويوافق عليه البنك. ثم تقول تعليمات هذا المرجع العملى ص ٢ ما يأتى :-
أنه إذا وجد بعد ذلك ان الخطاب المطلوب إصداره لا تتوافر فى صيغته هذه الاسس
«التى ذكرها» أو ثمة شك فيها، يتعين الرجوع للإدارة القانونية لتقدير ملائمة الصيغة
المطلوب اصدار الخطاب بها .

وهنا يفترض البنك أنه لا ضرورة لاجبار العميل على الالتزام بالنموذج . وهذا تناقض؟؟
والنص لا لزوم له أصلاً.

و أما الشرط الرابع فى ص ٢ فى حظر إصدار خطابات الضمان المشروطة بمقولة أنها
تؤثر على الطبيعى القانونى لخطاب الضمان ، فهذا مالا نوافق عليه ، وهذا أيضا لا يطبقه
البنك ذاته لأنه يُصدّر خطابات ضمان مشروطة ، وقد سبق أن تناولنا هذا الموضوع وهذا
النص ايضا لا لزوم له.

ومن الناحية العملية ، لكل بنك نماذج لخطابات الضمان للأغراض المختلفة ، ولكن ليس
معنى هذا أنها ملزمة أو مُلّاه على الأمر ليأخذ بها فهى خاضعة للتعديل ، سواء تأسيساً على

عقد المستفيد مع الأمر ، أو عقد الأمر مع البنك . وقد تُطرح كليةً ، ويتم صياغة خطاب الضمان بأسلوب آخر تماماً .

وموضوع هذا الكتاب خطاب الضمان ذاته ، لذلك لا نتحدث في هذا الكتاب عن عقد الأمر مع البنك ، أو عقد الأمر مع المستفيد بِنَبَسٍ ، ونكتفى بما ذكرناه في ذلك . لأن هذه - وتلك دراسات مختلفة .

والحصول على خطاب ضمان يتقدم الأمر بطلب وهو غالباً نماذج قابله أيضاً للتعديل ، إذا وقعها الأمر والبنك أصبحت هي عقد الخدمة المصرفية التمويلية .

نماذج لخطابات ضمان لأغراض مختلفة

لبعض البنوك في مصر

١ - نموذج خطاب ضمان ابتدائي لعطاء

Provsional Letter of Guarantee No.

خطاب ضمان مؤقت رقم

we hereby guarantee

نتشرف بالإفادة أننا نضمن بموجب كتابنا هذا :

to the extent of :

في حدود مبلغ

representing % of the value of the tender to enable them to participate in the adjudication which will be held on :

أى ما يوازي % من قيمة العطاء وذلك ليتمكنوا من الاشتراك في المناقصة المحددة لانعقادها

in respect of :

بخصوص

for the due fulfilment of their obligations subject of this guarantee in case their tender is accepted, and we will pay you any sum within the above mentioned date upon your first demand not with standing any contestation.

و ضماناً لقيامهم بتعهداتهم موضوع هذا الضمان متى رست عليهم المناقصة سألقة الذكر فإننا نتعهد بأن نفع لكم أى مبلغ فى الحدود المذكورة أعلاه عند أول طلب منكم ويُلون الانتخابات إلى أى معارضة من أى شخص كان .

In case clients tender is not accepted, the present Guarantee is immediately cancelled

هذا وفى حالة إذا لم تُرس العملية على صلاتنا فإن خطاب الضمان يلغى فوراً ويرد إلينا بالتالى .

and must be returned to us.

This L/G is personal to you and not assignable. هذا الضمان لصالحكم شخصيا وغير قابل للتحويل.

This Letter of Guarantee holds good until . يسرى مفعول هذا الضمان لغاية ووما فيه يوم

You are entitled to apply for extension of the validity of this Letter of guarantee for another period or further provided your said application is made within the Letter of guarantee validity. ولكم الحق في طلب تجديد مديانته لمدة أخرى أو أكثر بشرط أن يكون الطلب خلال مدة سريان خطاب الضمان

Conssquently, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no longer entitled to such claim as our liability will cease and the present Letter of Guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever. وعليه فكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب أن تصلنا حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تمهدنا منتهيا ويعتبر خطاب الضمان لافيا بصفة نهائية نون حاجة الى أى إعلان كان.

٢ - نموذج خطاب ضمان نهائي غير مشروط في مصر

Advance Payment Letter of Guarantee
No.

خطاب ضمان نهائي / دفعه مقدمه رقم

We hereby guarantee :

نتشرف بالافادة أننا نضمن بموجب كتابتنا هذا :

to the extent of :

في حدود مبلغ

in respect of :

وذلك

We undertake to pay you any sum within the above extent upon your first demand notwithstanding any contestation.

وتتعهد بأن ندفع لكم أى مبلغ فى الحدود سالفه الذكر عند أول طلب منكم ودون الالتفات الى أى معارضة .

This Letter of Guarantee holds good until.

يسرى مفعول هذا الضمان لغاية وما فيه يوم

You are entitled to apply for extension of the validity of this letter of guarantee for another period or further provided your said application is made within the letter of guarantee validity.

ولكم الحق فى طلب تجديد سريانه لمدة أخرى أو أكثر بشرط أن يكون الطلب خلال مدة سريان خطاب الضمان هذا الضمان لصالحكم شخصيا وغير قابل للتحويل .

This L/G is personal to you and not assignable

Consequently, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no longer entitled to such claim as our liability will cease and the present Letter of Guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever.

وعليه لكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب أن تصلنا حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهيا ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بصفة نهائية دون حاجة الى أى اعلان كان .

Yours Faithfully

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

٣ - نموذج خطاب ضمان الدفعة المقدمة متناقص القيمة في مصر

Advance Payment Guarantee No <u>Not Transferable</u>	خطاب ضمان دفعة مقدمة رقم "غير قابل للتحويل"
We hereby guarantee	نتشرف بالافتادة اننا نضمن بموجب هذا
to the extent of	فى حدود مبلغ
to guarantee the disbursement of the advance payment of % related to the operation of	لضمان صرف الدفعة المقدمة بما يوازي % من عملية
The value of this letter of guarantee shall be automatically reduced proratal to the same percentage (i.e. percentage of the advance payment) for value of each implemented work under this advance payment.	على ان تخفض قيمة الضمان اولا باول بنفس النسبة (اى بنسبة الدفعة المقدمة) بما يتم تنفيذه من أعمال نظير الدفعة المقدمة .
We undertake to pay the proper amount for work unexecuted by our customers within the above extent upon your first demand notwithstanding any Contestation.	وتعهد بان ندفع لكم المبلغ النسبى الخاص بالأعمال غير المنفذة من جانب عملائنا وذلك فى الحدود سالفه الذكر عند أول طلب منكم دون الاعتصاف الى اى معارضة .
This Letter of guarantee shall only be operative after receiving a cheque Issued to our order for our customers' account and holds good until.	لا يسرى مفعول هذا الضمان الا بعد موافقتنا بشيك لأمرنا بقيمة الدفعة المقدمة لحساب عملائنا أعماله لغاية وما فيه يوم.
Consequently, any claim in respect thereof must reach us before or on that date at the latest, otherwise you are no longer entitled to such claim, as our liability will cease and the present letter of guarantee will definitely be considered as null and void without the need of any advice whatsoever.	وعليه لكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب ان تصلنا قبل أو حتى ذلك التاريخ على الأكثر والا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهيا من تلقاء نفسه ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بصفة نهائية دون الحاجة الى اى اعلان كان .
Yours Faithfully	وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

**ضمان وتعويض عن تسليم بضاعة بدون تقديم
بوليصة الشحن الأصلية في مصر**

٤ - نموذج خطاب ضمان ملاحى

الى اصحاب أو وكلاء / أو مستأجرى أو قبطان الباخرة

بتاريخ

التي وصلت

سفينة رقم

نظراً لقبولكم تسليم البضائع المذكوة أثناء ، التى نقرر بأننا أصحابها الشرعيون ، لنا أو لامرنا بدون تقديم بوليصة أو بواليص الشحن الخاصة بها لعدم وصولها إلينا حتى الآن ، نقبل ونتمهد لكم بموجب هذا بتقديم التعويض الكامل لكم عن جميع ما يمكن أن يترتب بالنسبة لكم عن نتائج ومستويات مهما كان نوعها مباشر أو غير مباشر بخصوص أو بسبب هذا التسليم المذكور وكذا قيمة كل الخسائر والمصاريف الأخرى التى تطالبون بها أو قمتم بدفعها بما فى ذلك اتعاب المحاماه وكل ما يطلب منكم من مصاريف أخرى عن القضايا والاجراءات القانونية المقامة ضدكم بسبب هذا التسليم .

وكذا نقبل ونتمهد بأن ندفع لكم فوراً ما تطالبونه من أجر الشحن أو عواريات عمومية ومصاريف أو رسوم أو أى مصاريف أخرى عن البضائع المذكورة حيث نقبل إبقاء جميع حقوقكم على البضائع الخاصة بهذا التسليم وكذلك نقبل ونتمهد بأن نحول فى الحال بمجرد طلبكم الى حاملى بوليصة الشحن الأصلية فى الدولة التى تحدونها وبالعملة الحرة أى مبلغ تطالبون به مهما كان نوعه وقيمته .

وكذلك نقبل ونتمهد حين استلامنا بوليصة الشحن أن نقدمها اليكم موقعا عليها ومحوه منا .

كيلو	محتويات الطرود	عدد	ماركة	رقم بوليصة الشحن	ميناء الشحن

الاسم :

التاريخ:

التوقيع :

إمضاء الشاهدين أو المستلمين :

٤ - نموذج خطاب ضمان من بنك مراسل دون تعزيز من البنك المكي في مصر

L / G No.

خطاب ضمان رقم

For

مبلغ

Messrs,

السادة /

We give you hereunder the text of the guarantee issued in your favour by our correspondent :

ننشرف بأن نورد لكم فيما يلي نص الضمان الصادر لصالحكم من مراسلينا

(Quote)

(بداية)

(Unquote)

(نهاية)

We are pleased to confirm this letter of guarantee.

ونفيدكم بأننا نضيف تأييدنا لهذا الضمان

We are pleased to advise this letter of guarantee to you without any responsibility or obligation on our part .

ونفيدكم بأننا نبليكم لكم نص الضمان بعاليه بدون أية مسئولية أو التزام من جانبنا .

Please return to us this Letter of Guarantee when no longer required for cancellation.

والرجاء إعادة خطاب الضمان اليانا عند إنتهاء الغرض منه للإلغاء

Please be informed that the copies and photocopies of this letter are considered non negotiable copies.

ونود الافادة أن الصور الفوتوغرافية والكروية لهذا الخطاب لا يعتد بها.

Yours Faithfully

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،

Performance guarantee from a Saudi Arabian bank

LETTER OF GUARANTEE FOR FINAL DEPOSIT

His Excellency Place

..... Number

..... Date

Since you have awarded our clients Messrs ... ('the Contractor') a contract ('the Contract') for... (Description and Identity of the project).

We ... (Name of the Bank) ('the Guarantor') hereby irrevocably and unconditionally guarantee the payment to you of Saudi Riyals ..., being 5% of the value of the Contract and accordingly covenant and agree as follows :

- (a) On the Contractor's failure to fulfil any of the conditions of the Contract as determined by you in your absolute judgement the Guarantor shall forthwith on demand made by you in writing and notwithstanding any objection by the Contractor pay you such amount or amounts as you shall require not exceeding in aggregate the above mentioned amount of Saudi Riyals... by transfer to an account in your name at such bank in Saudi Arabia as you shall stipulate or in such other manner as shall be acceptable to you.
- (b) Any payment made hereunder shall be made free and clear of, and without deduction for or on account of, any present or future taxes, levies, imposts, duties, charges, fees, deductions or withholdings of any nature whatsoever and by whomever imposed.
- (c) The covenants herein contained constitute unconditional and irrevocable direct obligations of the Guarantor. No alteration in the terms of the Contract or in the extent or nature of the work to be performed thereunder and to allowance of time by you or other forbearance or concession or any other act or omission by you which but for this provision might exonerate or discharge the Guarantor

shall in any way release the Guarantor from liability hereunder.

- (d) This guarantee shall remain valid and in full force and effect up to the end of the ... day of .. of the year ... by which time any claim hereunder must be received by the agent of the Guarantor in Saudi Arabia, namely ... (bank).
- (e) The guarantor represents and warrants that the amount of its liability under this guarantee together with the aggregate amount of all other guarantees and all facilities issued by the Guarantor in the interest of the abovementioned client and in favour of the Kingdom of Saudi Arabia including all its departments, agencies and sub-divisions or other authorities therein or thereof and valid as on the date hereof does not exceed 20 per cent of the Guarantor's paid-up capital and reserves.
- (f) This guarantee is governed by and shall be construed in accordance with the laws and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

٧ - تعليمات لبنك سعودي باصدار خطاب ضمان ضد خطاب ضمان مقابل

Instructions to a Saudi Arabian bank for the issue of a guarantee against a counter-guarantee.

Our Counter-guarantee Reference No.

Under our full and irrevocable responsibility, please issue (in Arabic or English at your discretion and in a format acceptable to the Beneficiary) the following Guarantee :

Appendix

- By order of
- Related to Contract No.
- Amount of Contract
- Type of Guarantee

:

- Beneficiary
- Expiry Date.

In consideration of your issuing the Guarantee, we hereby irrevocably and unconditionally issue this Counter-Guarantee in your favour and agree as follows :

- (i) We will pay to you upon your first written demand (whether by correspondence or tested telex), notwithstanding any protest or objection made by any party : (a) any amount up to the amount of the Guarantee specified above plus (b) any interest which you certify has accrued and any costs, charges or expenses (including without limitation legal fees) which you may incur, now or at any future date, in connection with the Guarantee or the enforcement of your rights hereunder.
- (ii) One or more demands may be made by you, provided that all demands are made prior to the expiry of this Counter-Guarantee.
- (iii) We confirm that we have obtained such exchange control approvals, if any, as are necessary to ensure that we will be able to fulfil our payment obligations under this Counter-Guarantee in the above-mentioned currency. We undertake to maintain such approvals in full force and effect and in the event any new exchange controls are imposed we further undertake to take whatever action is necessary to obtain the required approvals.
- (iv) Any payment made hereunder shall be made free and clear of, and without deduction for or on account of, any present or future taxes, levies, imposts, duties, charges, fees, commissions, deductions or withholdings of any nature whatsoever and by whomsoever imposed.
- (v) Should you be served with a request from the Beneficiary to extend the validity of the Guarantee (whether such request contains an 'extend or pay' demand or an 'extend or hold for value' request) we undertake, upon receipt of your notice of such request, either : (i) to provide you with our agreement to extend the validity of this Counter-Guarantee from its present (or extended) expiry date for a period not less than thirty (30) days beyond the extended expiry date requested by the Beneficiary or (ii) to pay you forthwith the sums available under this Counter-Guarantee. The proceeds of any such payment

shall be held by you as security and applied to cover your liabilities and/or to meet any demand for payment that may be served on you.

- (vi) Until all amounts due and payable to you by us in accordance with a timely demand made by you are paid in full, our obligations and liabilities will not be discharged, impaired or otherwise affected by any act, judgement, order or other event which, but for this provision, might otherwise operate to discharge or impair our obligations or liabilities.
- (vii) Our liabilities and any dispute pertaining to this Counter-guarantee shall be construed in accordance with and governed by the laws and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.
- (viii) This Counter-guarantee will expire at midnight (our time) on the day of 19, being 30 calendar days after the expiry of your Guarantee, unless extended pursuant to Clause (v).

Authorized Signatory (s)

٨ - نموذج من سوريا خطاب الضمان برد قيمة ضمان

Repayment guarantee from a Syrian bank

To :

We inform you that we hereby guarantee

jointly and severally for an amount of ...

Say

in lieu of granting them/him an advance loan in the the amount of ...for the project subject of contract No date ...

This guarantee is valid from this day and until re-payment of the advance loan and will automatically become null and void after lapse of ... from date of temporary receipt indicated in the contract mentioned hereabove without need for warning or any other procedure.

We undertake to pay to your order the balance of the above mentioned advance loan, capital plus interest, as from date loan was encashed, at LIBOR rate prevailing in London Market at that date, upon receipt of your first written demand during its validity to be delivered and reach us officially, latest ... at 1.00 P.M.

Automatically thereafter, our obligation under this guarantee will cease without need for warning or any other procedure, unless we proceed to extend or renew its out-standing balance at the expiry date.

We should be notified in writing on every payment made for settlement of the loan made under this guarantee to reduce its amount accordingly.

We declare that we choose the following address as our domicile in all that concerns the execution of this guarantee.

٩ - نموذج من بنك مصرفى خطاب ضمان برد الدفع المقدمه

Repayment guarantee from an Egyptian bank

Dear Sirs,

ADVANCE PAYMENT GUARANTEE No. :

With reference to the Contract concluded between you and Messrs. ... for the supply of ...

we hereby undertake to hold at your disposal at our counters as guarantee deposit free of interest and payable in cash on your first written demand specifying the reasons of your claim but notwithstanding any contestation by the contractors, the sum of ... representing your down payment of ... , ...% of the value of the above contract.

The guarantee shall come into force as from the date of receipt by ... of the above mentioned down payment and.

(1) shall be automatically reduced by the value of

(2) until full release of the guarantee amount.

This guarantee is valid in Cairo until ...

Consequently any claim in respect thereof should reach us before or on that date at the latest otherwise you would no longer be entitled to such payment as our liability will cease ipso facto and the present Letter of Guarantee will definitely be considered null and void without the need of any further advice whatsoever.

Please return to us this Letter of Guarantee on expiry date.

١٠ - نموذج من الإمارات بالتعليمات لأصدار ضمان مقابل

Instructions to a bank in the United Arab Emirates for the issue of a guarantee against a counter-guarantee

Under our full and irrevocable responsibility, please issue (1) in Arabic or English at your discretion in your Bank's Standard Format (2) or as per format below Guarantee with following details :

(1) - By order of

- Related to Contract No.

- Amount of Contract

- Type of Guarantee

- Amount of Guarantee

- Beneficiary

- Expiry Date

(2) Issue in following format

Quote

Wording to be typed by Bank

Unquote

In consideration of your issuing the Guarantee, we hereby irrevocably and unconditionally issue Counter-Guarantee in your favour and agree as follows :

- (i) up to and including (vi) see sample no. 12)
- (vii) Our liabilities and any dispute pertaining to this Counter-Guarantee shall be construed in accordance with and governed by the laws and regulations of the United Arab Emirates.
- (viii) This Counter-guarantee will expire at our counter on day of 19 , being 30 calendar days after the expiry of your Guarantee, unless extended pursuant Clause (v).

This Counter-guarantee is conditional on all claims or demands for payment hereunder being made by you on or before We shall not be obliged to make any payment under this Counter-guarantee pursuant to any claim or demand made by you after This Counter-guarantee shall be null and void after notwithstanding that it is not returned to us for cancellation.

NB : If you are requesting our bank to issue a guarantee which does not contain a specific calendar expiry date the validity clause in the above Counter-guarantee should be amended to read :

'This Counter-Guarantee is valid until we receive your confirmation that we are released from further liability hereunder'.

The above clause is also required on Bid Bonds bearing autorenewal clause after initial expiry date.

١١ - نموذج تعليمات من بنك في تركيا بإصدار خطاب ضمان مقابل ضمان منه في عقد

مقاولة

Instructions to a Turkish bank for the issuance of tender guarantee against a counter-guarantee

Bid Bond No.: (Tender Guarantee or Provisional Guarantee)

Please issue under our full responsibility on our behalf and for our account a Bid Bond in your standard form as per particulars given below :

1 - Beneficiary

- 2 - Amount :
- 3 - By order of :
- 4 - Covering : Their obligation under offer no. ... of for ... :
- 5 - Bid invitation : Under contract no. :
- 6 - Tender closing date :
- 7 - Expiry date of the Bid Bond :
- 8 - Commitment : Your indemnity must be made payable on first demand of the beneficiary, without any objection whatsoever, against your receiving from beneficiary a written confirmation stating that in case although the bidder has been duly notified that it has been decided to award the contract to him requiring him to deposit a performance bond and sign the contract, but failed to deposit the performance bond and sign the contract and comply with the provisions of the applicable law and the specifications related to the work.
- 9 - Expiry date of our Counter-Guarantee : Our Counter-Guarantee is valid thirty days beyond the expiry date of your Bid bond, at the latest until and expires in full and automatically if no written claim under our counter-guarantee reaches us at our offices on or before that date.

In consideration of your issuing your a/m Bid bond, we herewith irrevocably and unconditionally undertake and declare on behalf and for the account of the Bank as the representatives and responsible officials of the Bank equipped with the authority to sign in place of the Bank that we shall pay you or to your order the full Bid Bond amount in full and cash immediately without delay at your first written demand by tested telex/cable/mail not exceeding the sum of (.....) together with the legal interest calculated over libor rate plus 3 spread for the days to be elapsed between the date of your first written demand and the date of actual payment waiving all rights of objections and defense, without any obligation to serve a protest, procure a court injunction and obtain the consents of the said parties and by disregarding any dispute that may arise between the said parties and your Bank and the results legal consequences thereof.

Further we unconditionally undertake to pay you the amounts concerning your commissions and other charges by virtue of your issuing this guarantee at your first written demand.

We hereby accept and declare that this undertaking is governed by Turkish Law and the place of jurisdiction for the disputes arising from this Counter-Guarantee is

Kindly send us a copy of the guarantee you are issuing together with a note of your charges, with the indication of the bank which you wish to be credited with.

Regards

(*) Letters of Guarantee subject to the ACT NO. 2886 dd. 9.9.1983 (establishing rules to be followed by a government department or a public authority when specified works are opened for tender) should be unlimited in time in accordance with the provisions of the article 26 therein. Therefore counter guarantees issued in favour of our Bank to support such letters of guarantee should also be issued without an expiry date.

Nevertheless counter guarantees bearing an expiry date but extendable automatically and consecutively for an additional period of time at maturity until our Bank and consequently our correspondents are released from their undertakings, are also acceptable.

۱۴ - نموذج تعليمات بنك إيراني باصدار خطاب ضمان محلي مقابل خطاب ضمان مقابل
Instructions to an Iranian bank for the issuance of tender guarantee against a counter-guarantee

To (name and address of the Iranian bank)

Dear Sirs,

At request of (X) please issue on our full responsibility and against our counter guarantee No your performance guarantee for in favour of (XX) as follows :

QUOTE : With reference to the contract relating to concluded between (XX) and (X) and by the request of (X) for the good performance of the undertaking accepted in accordance with the said contract in respect of we hereby guarantee and undertake, if it is noticed by the (XX) that (X) has offended from their liabilities under the contract, to pay immediately after receipt of the first written demand to or to the order of the (XX) upto a total of (in word) any amount in respect of this guarantee under any subject or reason ascertained by thr (XX) without any need for issuance of declaration from or execution of any action through administrative, legal or other authority or proving neglect, untruth or correctness of such demand.

This letter of guarantee is valid until the official closing time on and is extendable for the period requested by the (XX). Should the bank not be able or willing to extend the validity hereof or the guaranteed party should not provide the necessities of extension and obtain the occurrence of the bank for the extension, then the bank undertakes to pay without any need for a second demand, the said sum in favour or to the order of the (XX). UNQUOTE.

In consideration of your having agreed to issue the abovementioned guarantee we the bank hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you immediately any amount up to Plus your commission and charges against your simple demand by texefax, cable or airmail.

A demand as such shall be conclusive and the amount shall be paid by us to you immediately and without requiring you to resort to any administrative legal or other authorities or to provide any proof whatsoever.

Interest shall accrue and shall be paid to you at the rate 2% above overnight li-
bor for any delay in payment hereunder.

This undertaking and obligation shall be valid for an original period ending at the last office hour on 199 .. Its extension for any other period shall be subject to your instruction or approval. In case we are unable or do not wish to extend the period set forth above or any period extended thereafter, we shall then immediately and simultaneously pay you the above amount without requiring any demand by you. Our counter-guarantee will automatically be extended according to the extension of your guarantee which will be effected at the beneficiary's request for any

period asked by them, without necessitating any prior consulting with us, and in case of our non agreement to extend,, we will effect payment to you, without your having to provide any proof or documentation. Should, until the expiry date of the guarantee, or after such extended dates, no request for extension be received by us, we will extend the validity of our counter-guarantee for a period of two months.

This undertaking and obligation shall be binding on and payable by us, our successors and assigns. All payments shall be effected by actual remittance of the amount to the account as notified by you in writing.

This undertaking and obligation in every respects whatsoever shall be exclusively governed by the laws of the I.R. of Iran and the courts in Iran shall have sole jurisdiction for every and all matters related thereto.

قراءة وتعليق على النماذج الصادرة عن البلاد الاسلامية تحت اولا من رقم ١ الى رقم ١٢

النماذج أرقام من رقم ١ الى رقم ٥ - والمكتوبة باللغتين العربية والانجليزية - لا لزوم
لأثبات للنص العربي، إلا في التعامل الداخلي - فالعبرة في المعاملات الدولية سوف تكون على
أساس النص باللغة الانجليزية - الا إذا أعتبر النصين أصليين - وهذا لم يرد ذكره في
النص ومن جهة أخرى فإن الترجمة غير متفقة في اللغتين لإختلاف مدلول الكلمات لغوياً.

مناقشة وقراءة نص النموذج رقم ١

هذا النموذج لخطاب ضمان ابتدائي - وهو متفق مع القواعد الاساسية لخطابات الضمان
البنيكية في التجارة الدولية إذا أخذنا بأحد النصين دون أن نربطهما معاً ويلاحظ أنه عبر
بكلمة تجديد Renew وليس بكلمة Extend أى المد وهذا هو الصحيح.

والنموذج رقم ٢ عن خطاب ضمان الدفعه المقدمه

مقبول صياغته في اللغتين دون تطابق تام في الترجمة وعبر أيضاً بكلمة (تجديد) وليس
بكلمة (مد).

النموذج رقم ٣ عن خطاب ضمان الدفعه المقدمه متناقص القيمة

والذى يقرر تخفيض قيمة الضمان بذات نسبة قيمة الدفعه المقدمه الى قيمة العمليه كان
يلزم أن يذكر فيه قيمة العمليه وقيمة التخفيض - وأن ينص على احتمال توقف العمل لبعض
الوقت ولم ينتظم التنفيذ - وكان يلزم أن يحدد في ورقة الضمان المستند الذى تحسب على
أساسه تخفيض قيمة الضمان « مستخلص مثلاً » والشخص المناط به اصداره دون الأمر -
وفى هذا النص عيب آخر إذ يلتزم بأن يدفع قيمة الضمان أو الباقي منه بعد التخفيض وإن لم

يوضح النص ذلك ولم يوضح أيضاً كيف تحدد قيمة هذه الاعمال التي لم تنفذ - أو الورقة الدالة على ذلك والسند الذي يلزم تقديمه في هذا الخصوص من شخص ثالث - وهو يلزم أن يكون بعيداً عن العقد الأصلي ولا يمكن أن يقحم نفسه عليه لاستقلال العلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان - هذا علاوة على المبدأ الذي يُوجب أن يكون سند الضمان كافٍ بذاته - ولم يحدد في نصه تواريخ إجراء التخفيض الدوري لقيمة خطاب الضمان - ولم يوضح متى سوف يكون ملتزماً بدفع ما لم يتم تنفيذه، إن هذا النص مَعَيَّبٌ يقحم البنك بهذه الصياغة على العقد الأصلي ويورطه أن يكون ضامن عادي له - فهو ليس التزام واضح بببلغ معين في وقت محدد بعيداً عن أطرافه والعقد الأصلي.

والنموذج رقم ٤ بخصوص خطاب الضمان الملاحى

بالتعويض عن تسليم بضاعة دون تقديم بوالص الشحن الأصلية

- به كثير من عيوب الصياغة لأنه :

١ - لأنه صابر لضمان عن ثمن بضاعة لم يفتح اعتمادها المستندى في ذات البنك ولا يعلم ظروفها وشروط الاعتماد المستندى الخاص بها.

٢ - يلتزم البنك بهذه الصياغة التزاماً مفتوحاً بتعويض لم يوضح أو يحدد مبلغه - وحتى لم يذكر الأساس الذي يجرى عليه تقدير قيمته - هل هو الاعتماد المستندى ؟ أو فاتورة الشراء ؟ أو مستند آخر كان يلزم النص في خطاب الضمان عليه وإذ ذلك فهو ضمان على بياض بقيمه غير محدده وغير قابله للتحديد من نص خطاب الضمان - وحتى الجدل الذي ذُكِرَ به ليس فيه إلا بيانات البضاعة عموماً أو وزنها وطورها وحركتها وبوالص الشحن وميناء الوصول - دون قيمتها أو نوعها « حديد أم سيارات أم مواد غذائية ».

٣ - ليس هناك نص في ورقة الضمان تربط بين وصول المركب الى الموانئ المصرية وعليها البضاعة التي ضمن البنك دفع قيمتها - وبين سريان خطاب الضمان.

٤ - ماذا لو كان الشاحن هو الذى وأُفرج عن البضاعة بخطاب الضمان الملاحى وتُصرف فيها فى السوق المحلى ثم إستلم مستنداتها وظهرها لشترى آخر تظهيراً تمليكياً - وكان

قد صرف قيمة البضاعة من المستورد الأصلي عن طريق اعتماد مستحق الصرف عند وضع البضاعة على ظهر المركب وأصبح هناك مشترين المستورد الأصلي الذي يلزم تسليم البضاعة له خارج الجمرک ولم يستلمها وحامل سند الشحن شحن البضاعة بخلاف المشتري المحلي .

ليس هذا افتراض بل هي قضية حدثت فعلاً في السوق الدولي وقبض الشاحن قيمة البضاعة ثلاث مرات .

٥ - والأدهى من ذلك أن البنك يلتزم لسلطات الميناء بالمصاريف وأتعاب المحاماة ومصاريف القضايا - وأجرة الشحن العوريات التلّف الكلي أو الجزئي للبضاعة وبأي مصاريف أخرى دون تحديد.

٦ - وليس في نص الضمان كلمة واحدة عن المستندات التي تقدم بها عميله للحصول على هذا الضمان باعتباره صاحب البضاعة وليس بيده سند ملكيتها « سند الشحن ».

إنه ضمان غير مدروس - وإذا ظهر للبضاعة صاحب شرعي آخر بيده سند ملكيتها يكون البنك مسئول مسئولية كاملة قبله لأنه سهل عملية سرقة بضاعته وبذلك - يدفع لصاحب البضاعة الشرعي ويدفع مره أخرى للجمارك مطالباتها.

٥ - نموذج خطاب ضمان من بنك مراسل دون تعزيز.

صياغة هذا النموذج مقبولة في صياغتها العربية والانجليزية.

٦ - نموذج خطاب ضمان تنفيذ من السعودية

يلاحظ أنه نص فيه على الدفع بالعمل السعودي - وهو مستحق بمجرد الاطلاع الا تقرير من المستفيد بأن الأمر لم ينفذ التزامه - ويلزم دفع كامل قيمته دون خصم أي ضرائب أو رسوم أو أي خصومات أخرى وينص على نهائية التزام البنك وعدم حقه في الرجوع عن الضمان - كما ينص على استقلاله عن العقد الأصلي ثم يحدد مدة سريان الضمان أي أجله - والتزام الضامن الاجنبي المصدر له أن يتم الوفاء والدفع من فرع البنك في السعودية مع ذكر إسمه. ويوضح نص الضمان أن البنك المصدر لم يتجاوز نسبة العشرين بالمائة في جميع

الضمانات الصادرة منه بالنسبة لرأس ماله طبقاً للقانون السعودي. ويحدد أن القانون السعودي هو الواجب التطبيق وأن الاختصاص معقود لمحاكمها. وهذا النص مقبول ومتفق مع القواعد النوايه والعرف الدولي.

٧ - تعليمات سعودية بإصدار خطاب ضمان مقابل

تضمنت تعليمات السعودية لأصدار خطاب ضمان من بنك أجنبي لعملها - مقابل خطاب ضمان مقابل منها الآتي : -

(أ) أن يكون تحت الطلب ويشمل الفوائد إن كان لها حق والمصاريف الأخرى في حدود مبلغ الضمان المذكور - وفي أجل الضمان الواضح.

(ب) يؤكد النص موافقة رقابة النقد في السعودية - وأن دفع القيمة يجب أن يكون نون خصم أي فوائد أو رسوم أو أي استقطاعات أخرى.

(ج) وإذا طلب المستفيد مد أجل الضمان أو صرف قيمته وإيداعها في - حساب خاص باسمه وتحت طلبه - فيلزم الرجوع إلينا لنُصرِّح لكم بذلك لمدة لا تقل عن ٣٠ يوم أو إذا لم نقبل المد وطلبنا منكم صرف خطاب الضمان فيلزم الاحتفاظ بالقيمة لديكم لتغطية التزاماتكم إذا ما صرفت قيمة الضمان - وتبقى مسئوليتنا قبلكم حتى يتم الدفع للمستفيد بناءً عن حكم أو أمر قضائي.

(د) ويخضع الضمان المقابل للقانون السعودي.

وهذا ما يسير عليه العمل في نشاط المؤسسات العامة والحكومة ويربط الضمان بأجل العملية عن طريق (الدفع أو المد) أو صرف قيمة الضمان وإيداعه باسم المستفيد «الحكومة» وخاضع لتعليماتها حتى انتهاء العملية أو إعفاء البنك من المسئولية.

وأوضحنا في الفصل الرابع عند الحديث عن خطاب الضمان في السعودي كل ذلك - وأشرنا إلى أن المعاملات الخاصة غير خاضعة لتنظيم خطابات الضمانات التي تصدر

الحكومة، ويلزم أن نشير أنها متأثرة بها في التطبيق والعمل.

٨ - نموذج خطاب ضمان من سوريا يُرَدُّ على ضمان قرض

يقول النموذج في عباراته أن يدفع منفرداً أو مع العميل قيمة القرض الممنوح للعميل طبقاً للعقد المؤرخ في كذا — ويستمر هذا الضمان مرتبطاً بعقد القرض ومدته مع الالتزام بدفع قيمة القرض وفوائده عند المطالبة في موعد وأجل الضمان الا إذا مدَّ أجله - وهذا ليس خطاب ضمان بنكي.

لأنه ضمان قرض مضاف أجله الى عقد القرض ومرتبطة به - والبنك فيه ضامن متضامن مع العميل - ويلتزم بفوائد ومصاريف غير محدده في نصه،

٩ - نموذج خطاب ضمان من مصر عن الدفعة المقدمة

وفيه يقول البنك أنه يضمن في حدود مبلغ (كذا) الدفعة المقدمة المدفوعة لعميله طبقاً لعقده مع الأمر عند أول مطالبه كتابيه دون فوائد - ودون ربطه بالعقد الأصلي وأجل الضمان هو حتى تاريخ (كذا) يبدأ من تاريخ استلام ورقته - وتخفيض قيمته بنسبة (كذا) وينص على انه صالح في القاهرة حتى يوم كذا ويلزم طلب المستفيد الحق في بحر أجل الضمان. وهذه صياغة سليمة ومقبولة.

١٠ - نموذج من الإمارات بتعليمات لبنك مراسل بخصوص خطاب ضمان مقابل

يرجو فيه البنك الإماراتي من البنك الاجنبي إصدار خطاب ضمان باللغة العربية أو الانجليزية بالصياغة المعتادة في نماذجها طبقاً للنص الآتي :

(بيان النص) لاستفيد معين وذلك مقابل خطاب ضمان من البنك في الإمارات للبنك الاجنبي غير قابل للرجوع عنه وتجدد التعليمات، أن القانون الإماراتي هو الواجب التطبيق ويجدد أجل انتهاء الضمان المقابل بتاريخ (كذا) بعد إنتهاء الضمان الصادر من البنك الاجنبي - وإذا كنتم لا توافقون على هذا الأجل يبقى ضماناً قائماً حتى تخطرونا بإنهاء مسئوليتنا عن الضمان المقابل.

وهذه التعليمات تترك للبنك المراسل كامل الحرية في صياغة خطاب الضمان المقابل وإقتراحات الجانب الامراتى هي تزيد.

١١- نموذج من بنك في تركيا بإصدار خطاب ابتدائي لعميله مقابل ضمان منه في عقد مقاوله.

يذكر النموذج اسم المستفيد - قيمة الضمان - واسم الأمر - وطلب اصدار الضمان لتغطية عقد المقاولة رقم كذا - وتاريخ إنتهاء التقدم لهذه المقاولة - وأجل خطاب الضمان المقابل ثم يتحدث عن طبيعة خطاب الضمان الذى يلزم أن صدره البنك بأن يكون مستحق الدفع عند الطلب مع أخذ اقرار كتابى على المستفيد عند الصرف بأن العطاء أسند إلى الأمر إلا أنه تخلف عن تقديم ضمانات التنفيذ ولم يوقع عقد المقاولة.

وأوضح أن أجل خطاب الضمان المقابل يكون بعد ٣٠ يوماً من إنتهاء أجل خطاب الضمان الصادر من البنك الأجنبى للمستفيد.

ويلتزم التزاما غير مشروط بدفع قيمة خطاب الضمان المقابل عند أول طلب كتابى أو برقىاً أو بالتلكس أو بالفاكس فى حدود مبلغه المذكور فيه مضافاً إليه الفوائد من تاريخ الطلب إلى تاريخ الدفع دون منازعه وكذلك دفع العموله والتكاليف الأخرى للبنك الاجنبى لاصداره هو خطاب الضمان المحلى للمستفيد.

وإذا أوقف صرف خطاب الضمان المحلى بحكم أو أمر قضائى يمتد أجل خطاب الضمان المقابل.

ويحكم هذا الضمان المقابل قانون تركيا - والاختصاص لمحاكم تركيا ويخضع للقانون رقم ٢٨٨٦ الصادر فى تركيا فى ١٩٨٣/٩/٩ وطبقاً للمادة ٢٦ منه يرتبط أجل الضمان بأجل العقد الاصلى وكذلك الضمان المقابل.

وعلى ذلك فإن أجل الضمانين السابق ذكرهما يكونا عبثاً طالما أن القانون التركى هو الذى يحكم العلاقة فى الضمانين والاختصاص لمحاكمها.

١٢ - نموذج لتعليمات بنك إيراني باصدار خطاب ضمان محلى مقابل خطاب ضمان
مقابل

يشير فيه الى أن عميله (فلان) - يرغب في اصدار خطاب ضمان للمستفيد (فلان) -
لضمان حسن التنفيذ في عقد (كذا) المؤرخ في (كذا) طبقاً للنص الآتي :
(ويذكر النص لخطاب الضمان المطلوب من البنك الاجنبى اصداره)

ويلتزم البنك الايراني أن يصدر للبنك الاجنبى خطاب ضمان مقابل يغطى البنك الاجنبى
عند صرف المستفيد للخطاب الأول - والضمان المقابل مستحق بمجرد الطلب وينتهى أجله في
تاريخ (كذا) ——— إذا مد المستفيد أجل الضمان المحلى - وإذا كان البنك الاجنبى غير
راغب في المد - يكون من حقه الدفع طبقا لشروط الضمان المحلى الصادر منه.

ويلتزم البنك الايراني بدفع قيمة خطاب الضمان المقابل مضافاً اليها المصاريف وعمولات
البنك الاجنبى - والفوائد من تاريخ المطالبة الى تاريخ الدفع بواقع ٢٪ بمجرد الطلب -
وينتهى التزام البنك الامراتى في تاريخ (كذا) - - وإذا طلبتم مد أجل الضمان المقابل ولم
نوافق على ذلك فيتم الدفع فوراً - ويمتد خطاب الضمان المقابل إذا امتد أجل خطاب الضمان
المحلى لمدة شهرين.

والقانون الواجب التطبيق هو القانون الايراني والاختصاص لمحاكم ايران.

وهنا يلزم مراجعة البنك الاجنبى لاحكام المحاكم ونصوص القانون الايراني قبل اصدار
الضمان إذا قبله بهذه الشروط.

ثانياً فى البلاد الأوروبية

نماذج لصياغات خطابات الضمان البنكي لبعض البنوك فى دول اوروبا

توضيح

خطاب الضمان البنكي ، الصادر عن البنوك الأوروبية انما يصدر بلغتها ، ولا نجد ضرورة لترجمتها إلى اللغة العربية لأن التعامل مع صياغته سوف يتم ويرد إلى نصه باللغة الاجنبية. هذا علاوة على أى ترجمته يلزم فيها موافقة البنك المصدر عليها فكل لغة لها كلماتها المتخصصة ، وكل بنك يعنى من صياغاته معانى مختلفة لذلك أثرنّا أن نسجل صياغة ضمانات البنوك باللغة المعتمدة لديها وألتي تكتب بها خطابات الضمان الصادرة عنها ، وراعينا أن تكون اللغة الانجليزية ليسهل على قارئ هذا الكتاب فهمها نون اللغات الاخرى التى وصلتنا نماذجها بلغات غير الانجليزية من بنوك مختلفة حول العالم . ولكننا سوف نجرى عليها قراءة وتعليق.

في سويسرا

نموذج خطاب ضمان الدفعة المقدمة

LETTER OF INDEMNITY

(Advance payment Guarantee)

Dear Sir ,

You concluded a contract No with Messrs.

on for the supply of at a price of.....

According to the terms of the contract you will make an advance Payment of..... to Messrs.....As security for the Possible claim for the refund of the advance Payment, in the event that the merchandise is not delivered in conformity with the terms of the contract, an indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of Messrswe, the UNION BANK OF SWITZERLAND, hereby irrevocably undertake to refund to you on your first demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned contract and waiving all rights of objection and defense arising from said contract, the advance payment in the amount of

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written confirmation that messrs have failed to deliver the ordered merchandise or not delivered such merchandise as specified in the above mentioned contract .

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented to us through the intermediary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

The amoun of this indemnity will automatically be reduced proportionally to the value of each part - shipment upon receipt by us of an invoice - copy, issued by Messrs It expires, however, on

in full and automatically, if your written request for payment and your written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not in our possession on or before that date.

This letter of indemnity enters into force only after receipt by us of the advance payment in Favour of Messrs

This undertaking is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich l .

YOURS VERY TRULY,

UNION BANK OF SWITZERLAND

LETTER OF INDEMNITY

Dear Sir ,

You concluded a contract No..... with
..... On for the supply of
..... at a price of
As security for the payment of the merchandise, an indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of we, the **UNION BANK OF SWITZERLAND**, hereby irrevocably undertake to pay you on first demand, irrespective of the validity. and the effects of the above mentioned contract and waiving all rights of objection and defense arising from said contract, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written confirmation that

a) You have delivered the merchandise in conformity with the contract and that

b) You have not received payment at maturity for the sum claimed under this letter of indemnity .

The total amount of this indemnity will be reduced by any payment effected by us hereunder .

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation hereunder have to be presented through the intermediary of a first rate bank confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

Our undertaking is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your written confirmation, together with a first rate bank's verification of your signatures, are not in our possession on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1.

YOURS VERY TRULY,
UNION BANK OF SWITZERLAND

PERFORMANCE BOND

Dear Sir

You have concluded on with Messrs.
....., a contract No. for the delivery of..... at a price of
As security for the due Performance of the delivery, an
indemnity by a bank shall be furnished.

At the request of Messrs we, the
UNION BANK OF SWITZERLAND, herewith irrevocably undertake to pay you on first
demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned contract and
waiving all rights of objection and defense arising from said contract, any amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written
confirmation that Messrs..... have failed to deliver the ordered
merchandise or not delivered such merchandise as specified in the above mentioned
contract .

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation
hereunder have to be presented to us through the intermediary of a first rate bank
confirming that the signatures thereon are binding for your firm.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your
written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not
in our possession on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich 1 .

YOURS VERY TRULY,
UNION BANK OF SWITZERLAND

BID BOND

Dear Sire

Messrs..... submitted on
their Bid No. For the supply of.....under your Bid
invitation No. dated.....

At the request of Messrs

we, the UNION BANK OF SWITZERLAND, herewith irrevocably undertake to
pay you on first demand, irrespective of the validity and the effects of the above mentioned
bid and waiving expressly all rights of objection and defense arising from said, any amount
up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your written
confirmation that Messrs have not complied with the conditions of their
offer No. dated

For the purpose of identification, your request for payment and your confirmation
hereunder have to be presented to us through the intermediary of a first rate bank confirming
that the signatures thereon are binding for your firm.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your written request for payment and your
written confirmation together with a first rate bank's confirmation of your signatures are not
in our possession on or before that date.

This indemnity is governed by Swiss law, place of jurisdiction is zurich I .

YOURS VERY TRULY,
UNION BANK OF SWITZERLAND

هـ- نموذج خطاب ضمان مقابل في سويسرا (5) :

COUNTER GUARANTEE (Letter of Indemnity)

Dear Sir,

You have issued on at the request of
..... on behalf of the consortium
..... your PERFORMANCE BOND No. for the
amount of in favour of
..... valid until Our client has a 20%
share in this indemnity according to the consortium agreement .

At the request of we, the BANK, herewith irrevocably
undertake to pay you on first demand, waiving all rights of objection and defense, any
amount up to

upon receipt of your written and duly signed request for payment and your confirmation
that you were obliged to effect payment under your bond No. and that
owes you the amount claimed under the above mentioned indemnity .

The amount of this indemnity will automatically be reduced proportionately to each
payment effected.

our indemnity is valid until

and expires in full and automatically if your request for pay ment and your confirmation
are not in our possession on or before that date.

This undertaking is governed by

law, place of jurisdiction is

فسی ایرلندا

۱- نموذج خطاب ضمان تعويض دفعه مقدمه

Letter of Indemnity

PLEASE ADVISE, ON OUR BEHALF AND UNDER OUR RESPONSIBILITY, OUR ADVANCE PAYMENT GUARANTEE IN ACCORDANCE WITH THE FOLLOWING SCHEDULE AND TEXT, WITHOUT ENGAGEMENT ON YOUR PART. PLEASE ACKNOWLEDGE YOUR COMPLIANCE WITH THIS REQUEST IN DUE COURSE.

GUARANTEE SCHEDULE :

OUR REF :

PRINCIPAL :

BENEFICIARY :

AMOUNT :

EXPIRY DATE :

CONTRACT :

GUARANTEE TEXT :

AT THE REQUEST OF....., WE, HEREBY IRREVOCABLY UNDERTAKE TO REFUND TO , ON FIRST DEMAND, IRRESPECTIVE OF THE VALIDITY AND THE EFFECTS OF THE ABOVE MENTIONED CONTRACT AND WAIVING ALL RIGHTS OF OBJECTION AND DEFENCE ARISING FROM SAID CONTRACT, THE ADVANCE PAYMENT IN THE AMOUNT OF..... UPON RECEIPT OF YOUR WRITTEN AND DULY SIGNED REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR WRITTEN CONFIRMATION THAT HAVE FAILED TO DELIVER THE ORDERED MERCHANDISE OR NOT DELIVERED SUCH MERCHANDISE AS SPECIFIED IN THE ABOVE MENTIONED CONTRACT.

FOR THE PURPOSE OF IDENTIFICATION, YOUR REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR CONFIRMATION HEREUNDER HAVE TO BE PRESENTED TO US THROUGH THE INTERMEDIARY OF A FIRST RATE BANK CONFIRMING THAT THE SIGNATURES THEREON ARE BINDING FOR YOUR FIRM.

THE AMOUNT OF THIS INDEMNITY WILL AUTOMATICALLY BE REDUCED PROPORTIONALLY TO THE VALUE OF EACH PART - SHIPMENT UPON RECEIPT BY US OF AN INVOICE-COPY, ISSUED BY

THIS INDEMNITY EXPIRES, HOWEVER ON IN FULL AND AUTOMATICALLY, IF YOUR WRITTEN REQUEST FOR PAYMENT AND YOUR WRITTEN CONFIRMATION TOGETHER WITH A FIRST RATE BANKS CONFIRMATION OF YOUR SIGNATURES ARE NOT IN OUR POSSESSION ON OR BEFORE THAT DATE.

THIS LETTER OF INDEMNITY ENTERS INTO FORCE ONLY AFTER RECEIPT BY THIS BANK, UNDER OUR REFERENCE : OF THE ADVANCE PAYMENT AMOUNT IN FAVOUR OF.....

THIS UNDERTAKING IS PERSONAL TO YOU AND IS NO ASSIGNABLE.

THIS UNDERTAKING IS GOVERNED BY IRISH LAW, PLACE OF JURISDICTION IS DUBLIN, REPUB. OF IRELAND.

REGARDS

٧ - نموذج لطلب خطاب ضمان من أيرلندا

PLEASE URGENTLY ISSUE, ON OUR BEHALF AND UNDER OUR RESPONSIBILITY,
YOUR BID BOND WITH THE FOLLOWING SCHEDULE AND TEXT :

GUARANTEE SCHEDULE

PRINCIPAL :

BENEFICIARY :

AMOUNT :

EXPIRY DATE :

CONTRACT :

GUARANTEE TEXT

1 - IN ACCORDANCE WITH THE FOREGOING CONDITIONS, WE,.....
HEREBY UNDERTAKE TO PAY YOU, UPON YOUR FIRST SIMPLE DEMAND BY
AUTHENTICATED TELEX, OR IN WRITING, DESPITE ANY DISPUTE BETWEEN THE
CONTRACTING PARTIES, A SUM OR SUMS NOT EXCEEDING
PROVIDED THAT YOUR DEMAND STATES THAT YOU RECEIVED A SIGNED
STATEMENT FROM THE BENEFICIARY, VERIFIED BY THEIR BANKERS
CONFIRMING THAT WERE AWARDED THE ABOVE CONTRACT
AND FAILED TO BECOME PARTY THERETO.

2 - WE UNDERTAKE TO KEEP YOU INDEMNIFIED FOR ANY LOSS OR DAMAGE YOU
MAY INCUR BY ISSUING THIS GUARANTEE, PROVIDED THAT AT ALL TIMES OUR
LIABILITY SHALL BE LIMITED AS SPECIFIED IN PARAGRAPH 1.

ABOVE.

3 - DEMANDS, AS SPECIFIED, MUST BE RECEIVED AT
..... WITHIN 15 DAYS AFTER
THE EXPIRY DATE MENTIONED ABOVE.

EXCHANGE CONTROL APPROVAL OF THE CENTRAL BANK OF IRELAND TO ISSUE
THIS GUARANTEE IS HELD BY OURSELVES.

THIS UNDERTAKING IS ISSUED UNDER OUR REFERENCE AND ALL
CORRESPONDENCE IN RESPECT OF SAME SHOULD QUOTE THIS NUMBER.

THIS UNDERTAKING IS PERSONAL TO YOU AND IS NOT ASSIGNABLE.

PLEASE NOTE THAT THIS TELEX REQUEST IS EXTREMELY U R G E N T

PLEASE FORWARD TO US, AS SOON AS POSSIBLE, TOW TRANSLATED COPIED OF
THE BOND WHICH YOU HAVE ISSUED.

OUR REF : COMMERCIAL CREDITS.....

ففي إنجلترا

أ - نموذج خطاب ضمان الدفعة المقدمة في إنجلترا

Advance payment guarantee

OGBASICAPG

TO :

Beneficiary

Dear sir,

OUR GUARANTEE NO OG

We hereby guarantee (Name and address of Supplier) (hereinafter referred to as the "Supplier ") to the extent of (Amount in words and figures) being an Advance Payment Guarantee for the supply of (Goods / Services covered) being the amount you have agreed to pay in advance.

We undertake to pay the amount of this Guarantee on your first written demand stating that the supplier has failed to fulfil their obligations.

This Letter of Guarantee shall be valid until (Date) after which date our liability shall cease and no subsequent claims may be entertained.

The terms of this Guarantee shall be governed by and construed in accordance with English Law.

Please return this Letter of Guarantee to us immediately upon its expiry.

Yours faithfully,

Manager

Performance Guarantee

OGBASICPERF

To :

Beneficiary

Dear sir,

OUR GUARANTEE OG

We understand that you have entered into a contract with (Name and Address of Supplier) for the supply of (Goods covered) and that under such contract the applicant must provide a Bank Performance Guarantee for an amount of (Amount in words and figures) being x % of the total value of the contract.

We, the Bank of Scotland, 55 Old Broad Street, London Ec2 and having our Head office at The Mound, Edinburgh hereby guarantee payment to you on demand of up to (amount in words and figures) in the event of the applicant failing to fulfil the said contract provided that your claim is received in writing at this office accompanied by your statement that the applicant has failed to fulfil the contract.

This guarantee shall expire at the close of business on the (date) and shall be returned to us for cancellation.

The terms of this Guarantee shall be governed by and construed in accordance with English Law.

Yours faithfully,

Manager

Repayment guarantee from a British bank

OUR REFERENCE :

WHEREAS we are informed that ... (hereinafter referred to as 'the Contractors') have entered into a contract with you under your Purchase order ... dated ... for the supply of ... and that under the terms of the said contract a Progress Payment of ... representing ... of the total contract value is payable to the contractors against a Bank guarantee.

NOW, IN CONSIDERATION of your paying a Progress Payment of £ ... to the contractors, we (name and address of the bank) HEREBY GUARANTEE to refund to you the said Progress Payment of £ ... (say...) in the event of the Contractors failing to fulfil the terms and conditions of the Contract.

This guarantee will become operative upon issue of our amendment making it effective, which will be issued upon receipt by us of written confirmation from ... that the latter has received the Progress payment of ...

Our liability hereunder shall reduce prorata by ... percent of the value of ... effected, as evidenced by representation to us by ... of ... (documents) ... showing the ..., which shall be accepted as conclusive evidence that ... has been effected.

This guarantee shall remain valid until ... (date) ... and any claim hereunder must be received at this office within the validity of the guarantee accompanied by your written declaration that the Contractors have failed to fulfil the terms and conditions of the Contract, and such declaration shall be accepted as conclusive evidence that the amount claimed is due to you.

Upon expiry, this guarantee shall become null and void, whether returned to us for cancellation or not.

This guarantee shall be construed in accordance with the Laws of England.

Advance payment guarantee from a Dutch bank

ADVANCE PAYMENT GUARANTEE

THE UNDERSIGNED

(Name of the bank), established at Rotterdam, also having a branch at hereinafter referred to as 'the Bank'

TAKING INTO CONSIDERATION THAT :

- an agreement has been entered into between, hereafter to be referred to as 'the Buyer', and, hereafter referred to as 'the Supplier' regarding at the purchase price of , on 19 which agreement is hereafter referred to as 'the Agreement';

- as condition for the advance payment to this purchase price of NLG by the Buyer to the Supplier, it has been agreed that the Supplier shall provide a bank guarantee for the amount of NLG (say :) as security for the fulfilment by the Supplier of their obligations under the above mentioned Agreement and for the reimbursement of any damages which the Buyer may suffer as a result of any failure on the part of the Supplier to fulfil their obligations under the Agreement, including the failure of the possible restitution of the above mentioned advance payment;

HEREBY DECLARES :

that the Bank herewith issues a guarantee, without any other conditions than those stated hereinafter, to the maximum amount of (say :) on behalf of the Supplier in favour of the Buyer, as security for the fulfilment of all the Suppliers obligations under the Agreement, in case the Supplier does not fulfil their obligations or in case the Agreement has been annulled.

The Bank shall pay the amount as indicated by the Buyer, however only up to the maximum amount as specified hereinabove, at the Buyers first written request, in which the Buyer also gives notice to the Bank.

- 1 - that according to their judgement, the Supplier fails to fulfil their obligations under the Agreement, and of.
- 2 - the amount of the claim which according to their judgement, Buyer has against the Supplier under the Agreement.

For the purpose of identification the Buyer's request for payment has to be presented through the intermediary of a first rate bank confirming that the Buyer's signatures have been verified and authenticated by this bank.

With each payment hereunder the maximum amount shall be decreased accordingly.

This guarantee shall become effective immediately upon receipt of the amount of from the Buyer into the Supplier's account with the Bank, number, and shall expire on 19 17.00 h Dutch time. Any request for payment under the terms of this guarantee must therefore be received by the Bank prior to this time.

Dutch law is applicable to this guarantee. Place of jurisdiction is Rotterdam .

١٢ - نموذج خطاب إعتقاد مستندي أمريكا والفلبين

STANDBY LETTER OF CREDIT

We hereby issue our irrevocable letter of credit no.... in favor of.... (beneficiary) , for account of(accountee), with reference to (project, name, description and date) for amount of (words and figures) only.

Available by your drafts at sight drawn on (issuing bank's name and address).

drafts must be accombanied by (indicate accompanying documents required by both accountee and beneficiary)

This letter of credit sets forth in full th terms of our undertaking and such undertaking shall not in any way be modified, amended or amplifiedby reference to any document, instrument or agreement ferrrad to herein or in which this letter of credit relates and any such reference to any document instrument or agreement shall not by deemed to be incorporated herein by reference.

This letter of credit came in force on (effective date) and will be automatically null and void on (expiry date) .

Drafts must be drawm and negotiated not later than (date) . each draft must state that it

is ' drawn under (issuing bank's name), letter of credit no. and date'. please add your confirmation on this full and operative letter of credit, charges shall be for our account.

we hereby agree with the drawers, endorsers, and bonafide holders of all drafts drawn under and in compliance with the terms of this credit that such drafts will be duly honored upon presentation of the drawee.

this letter of credit is subject to the uniform customs and practices for documentary credits 1974 revision international chamber of commerce .

١٣ - نموذج من امريكا الاعتماد مستندي بالضمان

Standby letter of credit from an American bank

(name and address of the bank)

To :

We hereby issue our irrevocable standby letter of credit No. valid until by order of in favour of, amounting to USD and available against presentation of the undermentioned documents at our counters in

Convering : (description of goods and/or services)

Documents required :

- 1 - Beneficiary's sight draft drawn on us, mentioning our standby letter of credit number.
- 2 - beneficiary's signed written statement to the effect that the amount of any draft(s) drawn hereunder represents funds due and payable because invoice(s) which are attached, in the name of, remain unpaid after net days from invoice due date, attaching thereto copyof unpaid invoice(s) and copy title document (s) accordingly.

Partial payments are not allowed unless there have been partial payments made by the applicant. All commissions and banking charges outside opining bank are for the beneficiary's account. We shall effect payment as per your instruction after receipt at our counters of credit conforming documents.

This standby letter of credit is subject to UCP ICC Publ. No. 500 (1993) revision).

١٤ - نموذج من القبلين باعتماد مستندي بالضمان

10. Standby letter of credit from a Philippine bank

STANDBY LETTER OF CREDIT

We hereby issue our irrevocable letter of credit no ... in favor of ... (beneficiary), for account of (accountee), with reference to ... (project, name, description and date) for amount of ... (words and figures) only.

Available by your drafts at sight, drawn on (issuing bank's name and address).

Drafts must be accompanied by (indicate accompanying documents required by both accountee and beneficiary).

This letter of credit sets forth in full the terms of our undertaking and such undertaking shall not in any way be modified, amended or amplified by reference to any document, instrument or agreement referred to herein or in which this letter of credit relates and any such reference to any document, instrument or agreement shall not be deemed to be incorporated herein by reference.

This letter of credit comes in force on (effective date) and will be automatically null and void on (expiry date).

Drafts must be drawn and negotiated not later than (date). Each draft must state that it is 'drawn under (issuing bank's name), letter of credit no and date'.

We hereby agree with the drawers, endorsers, and bonafide holders of all drafts drawn under and in compliance with the terms of this credit that such drafts will be duly honored upon presentation of the drawee.

This letter of credit is subject to the uniform customs and practice for documentary credits 1993 revision international chamber of commerce publication 300.

قراءة وتعليق على النماذج خطابات الضمان البنكية في أوروبا

أولاً - في سويسرا (النماذج من ١ إلى ٥)

تفصيل نموذج رقم ١ خطاب ضمان

الدفعه المقدمة

بناءً عن طلب السادة نضمن نحن بنك ضمان نهائي عند الطلب أن ندفع لكم المبلغ المدفوع مقدماً منكم لعملينا طبقاً لعقد معكم المشار إليه أعلاه - وقيمة هذا الضمان هي مبلغ يدفع لكم بمجرد تقديم طلب كتابي منكم من خلال بنك درجة أولى - - - - - يؤكد صحة توقيعكم وصفتكم وتذكرون فيه أن الأمر لم يورث البضاعة طبقاً لشروط ومواصفات العقد. ويتم تخفيض قيمة هذا الضمان بقيمة ما يتم شحنه لكم طبقاً لصوره الفاتورة المرسله لنا من خلال عميلنا. وينتهي هذا الضمان بنهاية أجل في إذ لم يقدم طلب الصرف الكتابي منكم على النحو الموضح قبل أو في تاريخ أجل هذا الضمان - ويسري هذا الضمان بعد دفعكم الدفعه المقدمة في حساب عميلنا في هذا البنك - ويحكم هذا الضمان القانون السويسري والاختصاص القضائي لحكمة زيورخ سويسرا.

تفصيل نموذج رقم ٢ من سويسرا

خطاب ضمان تعويض

تقدم لكم خطاب ضمان مستحق عند الطلب لضمان تنفيذ العقد المشار إليه أعلاه - يصرف لكم دون أي اعتراض من عميلنا مؤسس على عقده معكم . وذلك في حدود مبلغ بناءً عن طلب كتابي منكم يصلنا من خلال بنك درجة أولى بضمان صحة توقيعكم وصفتكم - تذكرون فيه أنكم وريتم البضاعة المنصوص عليها في عقدكم ولم تقبضوها ثمنها بالقيمة المطالب بها منكم . وسوف يصير تخفيض قيمة هذا الضمان المذكوره أعلاه بقيمة ما يتم دفعه لكم منا . ومدة سريان هذا الضمان حتى تاريخ

ويلزم أن تصلنا مطالبكم قبل أو حتى هذا التاريخ . يحكم هذا الضمان القانون السويسري والاختصاص القضائي لمحكمة زيورخ في سويسرا .

تحصيل النموذج رقم ٣ من سويسرا

بضمان تنفيذ

بناءً عن طلب عميلنا الاسم تقدم لكم ضمان تنفيذ لعقد معكم -- وهذا الضمان مستحق عند الطلب بون التفات لأي اعتراض مؤسس على عقدكم مع عميلنا . وسوف ندفع لكم قيمة هذا الضمان الموضح أعلاه - بناءً من طلب كتابي منكم يقدم من خلال بنك نرجة أولى يؤكد صحة توقيعكم وصفتكم - نذكرون فيه أن عميلنا لم يورد لكم البضاعة المتفق عليها تعاقدًا أو طبقًا للمواصفات وينتهي أجل هذا الضمان في تاريخ ويلزم أن تصلنا المطالبه خلال هذا الأجل . ويحكم القانون السويسري هذا الضمان ومحكمة زيورخ بسويسرا هي المختصة .

تحصيل النموذج رقم ٤ خطاب ضمان

توريد من سويسرا

ذات الصياغة

تحصيل النموذج رقم ٥ خطاب مقابل من سويسرا في Consortium

تأسسنا على إصداركم لخطاب ضمان بناءً عن طلب عميلنا الاسم ضمانا لحسن التنفيذ رقم وصالح حتى تاريخ وبالإشتراك مع Consortium من البنوك . - نلتزم نحن بنك بنسبه قدرها ٧٠٪ من قيمة التعويض طبقا لاتفاق الـ Consortium وهذا الضمان مستحق بمجرد الاطلاع بهذه النسبه من قيمة الضمان الكلى بمبلغ يصرف لكم بناءً عن طلب كتابي منكم تقررون فيه أنكم تستحقون صرف القيمة . ويختص هذا الضمان بقيمة أى دفعه تدفع لكم . وأجل هذا الضمان حتى تاريخ ويلزم أن تصلنا مطالبكم خلال هذا الأجل . ويحكم هذا الضمان القانون والاختصاص محقود لمحاكم

وجميع الصياغات الخمسه من سويسرا مقبولة ومتفق مع العرف الدولي بخصوص الضمانات البنكيه في التجارة الدولية

قراء وتعليق على نماذج من أيرلندا

٦- الحصول نموذج أيرلندي بضمان دفعه مقدمه

نرجو أن تقدموا نياحه عنا - وتحت مسئوليتنا باصدار خطاب ضمان دفعه مقدمه طبقا للنص الآتي
..... اسم الأمر اسم المستفيد قيمة الضمان
..... أجل الضمان العقد الأصلي

نص الضمان

بناء عن طلب نلتزم أن نرد لكم عند أول طلب منكم - خلال مدة صلاحية هذا الضمان - ونأسيصا على العقد المشار إليه أعلاه نون إقحام هذا العقد أي إقامة أي أثر له على هذا الضمان - نلتزم أن نرد لكم - الدفعة المقدمه مقدارها وذلك بناء عن طلب كتابي يقدم من خلال بنك درجه أولى - لتأكيد صحة توقيعكم وصفتمكم - تؤكيدون فيه أن الأمر قد تخلف عن توريد البضاعة أو أنها مخالفة لمواصفات التعاقد .

ويجري تخفيض قيمة هذا الضمان بقيمة كل توريد لكم بناء عن صورته فاتوره تقدم لنا من جهه وسوف ينتهي هذا الضمان بكامل قيمته - إذا لم تصلنا مطالباتكم في أجله الموضح . ولا يسرى هذا الضمان إلا إذا دفعتم الدفعة الأولى لحساب الأمر في هذا البنك ومن تاريخ هذا الدفع . وهذا الضمان شخص لكم غير قابل للتحويل - ويحكم هذا الضمان القانوني الأيرلندي والاختصاص معقود لمحاكمها .

الحصول النموذج رقم ٧ لطلب خطاب ضمان لبنك أيرلندي

نفس البيان السابقه في النموذج رقم ٦ المصدر بها الطلب ونحصل الضمان كالآتي : نلتزم أن ندفع لكم عند أول مطالبة كتابية - نون الاتفاقات إلى أي معارضه مبلغ وتكون مطالباتكم مرفقا بها اقرار يصلنا من خلال بنك تؤكيدون فيه أن الأمر لم ينفذ عقده المشار إليه أعلاه . ومسئوليتنا هي فقط في حدود مبلغ الضمان المذكور أعلاه - ويلزم أن تتم المطالبه في حدود أجل هذا الضمان الموضح . وقد تم أخذ موافقة رقابة النقد على هذا الضمان . وهذا الضمان شخص غير قابل للتظهير ونرجو ارسال نسختين من سند الضمان بعد اصداره

تعليق

وهذين الضمانين عن بنك أيرلندا مقبولين ويتفقا مع العرف الدولي .

نماذج لخطابات ضمان من بنوك

فى انجلترا

فصيل النموذج رقم ٨ خطاب ضمان دفعه مقدمه

اسم المستفيد

خطاب ضمان رقم

تضمن لكم نيابة عن عميلنا فى حدود مبلغ الدفعة المقدمة منكم -
ونلتزم بدفع قيمة هذا الضمان عند أول طلب كتابى تذكرون فيه أن الأمر لم ينفذ التزامه معكم - ويسرى هذا
الضمان حتى تاريخ ويلزم طلبكم الصرف قبل أو فى هذا التاريخ ، ويحكم هذا الضمان
القانون الانجليزى رجاء رد سند الضمان بعد إنتهاء أجله .

فصيل النموذج رقم ٩ خطاب ضمان تنفيذ

اسم المستفيد

رقم الضمان

علمنا أنكم تعاقدتم من عميلنا الأمر على توريد بضاعة هى
..... وطبقا لشروط تعاقدكم - يلزم أن يقدم عميلنا خطاب ضمان تنفيذ بمبلغ
..... ونضمن نحن بنك فى حدود مبلغ أن ندفع
لكم عند الطلب فى حدود المبلغ أعلاه إذا أخفق العميل فى تنفيذ التزامه التعاقدى معكم - على أن تصلنا
مطالبكم المكتوبة فى أجل الضمان حتى تاريخ ويرفق بطلب الصرف اقرار منكم بأن العميل
لم ينفذ عقده طبقا لشروطه - وينتهى هذا الضمان بإنتهاء أجله ويلزم رد سنده - ويحكمه القانون الانجليزى.

فصيل النموذج رقم ١٠ من بنك انجليزى عن رد دفعه مقدمه

علمنا أنه قد تم تعاقدكم مع عميلنا بمقتضى العقد
المؤرخ فى على توريد طبقا لشروط هذا العقد - ويتم
دفع دفعه مقدمه منكم طبقا لشروط العقد مقابل خطاب ضمان بنكى . لهذه الدفعة المقدمة مبلغ
.....

نضمن لكم رد هذه الدفعة المقدمة فى حدود قيمة هذا الضمان وهو مبلغ إذا ما

تخلف عملنا عن تنفيذ التزامه التعاقدى معكم ويسرى هذا الضمان من تاريخ دفعكم فى هذا البنك للدفعه المقدمه لحساب العميل ويجرى تخفيض قيمة هذا الضمان تاسيسا على المستندات لنا من طرف ثالث هو تاريخ يوضح فيه أمس هذا التخفيض وأسبابه . ويسرى هذا الضمان حتى نهاية أجله فى تاريخ ويمطاليتكم يلزم أن تكون كتابه وتتضمن اقراركم بأن العميل لم ينفذ التزامه التعاقدى معكم وإن المبلغ الذى تطلبوه مستحقا لكم - وينتهى هذا الضمان بإنهاء أجله ردت ورقته أو لم ترد ويحكم هذا الضمان القانون الانجليزى .

تعليق

والنماذج الثلاثة المنقولة عن البنوك الانجليزى مقبولة ومتعلقة مع العرف الدوائى لخطاب الضمان

هولندا

نموذج رقم ١٠ من هولندا لضمان الدفعه مقدمه

طبقا لما تم الاتفاق عليه بين كل من

(١) فلان المشتري (٢) فلان المورد

وذلك بمقتضى العقد المؤرخ فى والخاص بقيمته
وذكر الجملة قدرها لضمان تنفيذ التزامه بالتوريد طبقا لشروط التعاقد المذكور وكذلك لتعويض أى ضرر يلحق المشتري وتغطية الدفعه المقميه .

ويصدر هذا البنك خطاب ضمان بالشروط الآتى نكرها بقيمه قدرها نيابه عن المورد لصالح المشتري - ولذا تخلف المورد عن تنفيذ التزامه فسوف يقدم البنك بالدفع المبلغ الذى يحدده المشتري دون تجاوز لقيمة هذا الضمان وفى حدودها عند المطالبه بشرط :

١ - أن تكون المطالبه مرفقا بها اقرار منكم يتخلف المورد عن تنفيذ التزامه التعاقدى .

٢ - أن قيمة التعويض مؤسسا على العقد الاصلى ويلزم تقديم طلب الصرف من خلال بنك درجه أولى يضمّن صحة توقيع المستفيد وصفته - كما يجرى خصم أى مدفوعات سابقة . ويبدأ سريان هذا الضمان من تاريخ دفع القبعه المقدمه فى هذا البنك لحساب العميل . ويحكم هذا الضمان القانون الهولندى - وتختص قضائيا به محكمة روتردام.

تعليق

يرى بعض الشراح أن خطاب الضمان هو فقط خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب ونحن لسنا من هذا الرأي - فخطاب الضمان يمكن أن يكون مشروطاً - ونرى أن صياغة هذا الضمان مقبول وتساير العرف النوى في خطابات الضمان المشروطة .

في أمريكا

نموذج رقم ١١ خطاب اعتماد مستندي

بالضمان Stand by letter of credit

هذه الصياغة نص فيها على خضوعها للقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة سنة ١٩٧٤ ونحصلها في الآتي :

نصدر بمقتضى هذا خطاب اعتماد مستندي بالضمان غير قابل للرجوع فيه للمستفيد وذلك بناء على بقيمة قدرها يدفع بمجرد الاطلاع ويرفق عند الصرف المستندات الآتية : - تذكر. وهذا الاعتماد بالضمان غير قابل للرجوع فيه أو التعديل أو ربطه بأى مستند أو اتفاق ويسرى اعتباراً من ويلقى بعد فوات أجله فى ويلزم التقيم للصرف فى موعد غايته ويلزم ذكر اسم البنك الفاتح للاعتمادات بالضمان ... الخ

نموذج من أمريكا رقم ١٤ خطاب اعتماد مستندي بالضمان

Stand-by Letter of Credit

هذا النموذج نص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة الصادرة عن I.C.C. سنة ١٩٩٣ UCP وهذا تحصيل لصياغته.

اعتماد مستندي بالضمان رقم صالح حتى تاريخ بناء عن طلب المستفيد فيه بمبلغ قابل للصرف بمجرد الاطلاع مغطياً والمستندات المطلوبة عند الصرف هي : (١) كميالة

مسحوبه علينا يشار فيها الى الاعتماد المستندي بالضمان (٧) اقرار كتابي من المستفيد يقرر فيه ان القيمة مستحقه الدفع تأسيساً على الفاتورة المرفقة باسم وأنها لم تدفع والدفع الجزئي غير مقبول الا إذا كان البنك فاتح الاعتماد هو الذي دفع جزئياً - وجميع العملات تحمل على المستفيد وكذلك أى متطلبات البنك - وسوف نقوم بالدفع بعد استلام الاعتماد بالضمان والمستندات.

الضمان

نموذج رقم ١٣ من الضمان باعتماد مستندي بالضمان

Stand-by Letter of Credit

نص فيه على خضوعه لقواعد ن. I.C.C. الصادره سنة ١٩٩٢ UCP ونحصل مضمونه في الآتي : -
هذا الاعتماد المستندي بالضمان غير قابل للرجوع فيه صادر للمستفيد
لصاحب تأسيساً على فتح بمعرفة بنك
ويلزم للصرف ارفاق المستندات الآتية به وهذا الاعتماد بالضمان غير قابل للإلغاء أو التعديل ويسرى اعتباراً من تاريخ وحتى
وبعد هذا التاريخ يعتبر لاغياً.

تعليق

والنماذج الثلاثة يحكمها القواعد الموحده المشار اليها فيها وعلى ذلك فنصها أيضا خاضع شكلا وموضوعا لهذه القواعد الموحده - وهي موافقة للسائد في صياغة الاعتماد المستندي بالضمان.

٢ - نموذج من I.C.C. خطاب ضمان مقاولات

1. ICC Model Form for tender guarantee

BANK'S NAME, AND ADDRESS OF ISSUING BRANCH OR OFFICE

Beneficiary : Date :

(name and address)

TENDER GUARANTEE No.

We have been informed that (hereinafter called 'the Principal'), re-

sponding to your invitation to tender No

dated for the supply of

(description of goods and/or services), has submitted to you his offer No.

dated

Furthermore, we understand that, according to your conditions, offers must be supported by a tender guarantee.

At the request of the Principal, we (name of the bank) hereby irrevocably undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of (say:) upon receipt by us of your first demand in writing and your written statement stating :

- i) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the tender conditions; and
- ii) the respect in which the Principal is in breach:

Your demand for payment must also be accompanied by the following document (s) : (specify document (s) if any, or delete)

This guarantee shall expire on at the latest.

Consequently, any demand for payment under it must be received by us at this office on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

Signatures (s) :

تعليق

نماذج I.C.C. تخضع للقواعد الموحدة الصادرة عنها وتتلقف معها ومشار إليها فيها وقد سبق شرح هذه القواعد الموحدة وتحصيل احكامها وهي لا تخرج عنها .

١٢ - نموذج I.C.C. لاصدار خطاب ضمان مقابل خطاب ضمان حسن التنفيذ

11. ICC Model for instructions to a correspondent bank for the issue of a performance guarantee against a counter-guarantee

TEXT OF INSTRUCTIONS

Our reference number

At the request of, please issue on our responsibility in favour of your guarantee in the following wording :

Quote

We have been informed that (hereinafter called 'the Principal'), has entered into contract No. dated with you, for the supply of (description of goods and/or services)

Furthermore, we understand that, according to the conditions of the contract, a performance guarantee is required.

At the request of the Principal, we (name of bank) hereby irrevocably undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of (say :) upon receipt by us of your first demand in writing and your written statement stating :

- i) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the underlying contract; and.
- ii) the respect in which the Principal is in breach.

Your demand for payment must also be accompanied by the following document (s): (specify document (s) if any, or delete)

This guarantee shall expire on at the latest.

Consequently, any demand for payment under it must be received by us at this office on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

In consideration of your issuing your guarantee as above, we hereby give you our irrevocable counter-guarantee and undertake to pay you any sum or sums not exceeding in total an amount of

(say,) upon receipt by us at this office no later than of your first written demand. Such demand shall be supported by your guarantee in accordance with its terms and with Article 20 of the Uniform Rules for Demand Guarantees.

This counter-guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458.

Please confirm to us the issuance of your guarantee.

وهذا النموذج أيضا تحكمه قواعد I.C.C. شكلا وموضوعا وقد سبق الحديث عنها .



القواعد الموحدة لخطاب الضمان البنكي
في التجارة الدولية
وخطاب الاعتماد المستندي بالضمان

**Uniform Rules for Guarantees
in International Trade
and
Stand By Letter of Credit**

أولاً

I.C.C. القواعد الموحدة الصادرة من

فى أغسطس سنة ١٩٧٨

Uniform Rules For Contract Guarantees

مقدمة :

لا يلزم بالضرورة - أن تكون القواعد الموحدة لأحكام خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية - التى تَصْمُغُهَا المواد المنظمة من الهيئات النوابه خاصه غرفة التجاره النوابه فى باريس I.C.C. - لا يلزم أن تكون - أساساً أو قانوناً لفهم خطاب الضمان البنكى على أساس ما ورد بها ذلك لأن : -

١ (هذه القواعد ليست أكثر من محاولات - مرحليه تجتهد أن تجد مفهوماً مشتركاً ومقبولاً لخطاب الضمان البنكى فى صياغته؛ وأحكامه؛ وتعبيراته، ولقته، وكلماته، ومصطلحاته فى التجارة الدولية - بين دول العالم، وهى اجتهد غايته أن يصل فى يوم ما إلى نظام قانونى واحد لخطاب الضمان البنكى يحكمه إنعقاداً - وممارسة - وإنهاءً سواء بين جميع الدول فى العالم أو بين العلاقات الثلاثة التى أقرزته، وعلى ذلك فالقواعد الموحده فى هذه المرحله ليست قانوناً إلا لمن يختار إعمال مقتضاها ولكنها رأى وتَصَوَّر، لما يجب أن يكون عليه الحال، فى التعامل بخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدولية وهى إجتهد شأنها شأن إجتهدات الفقهاء ورجال القضاء والمحامون الدوابون والبنوك.

٢ (هذه القواعد الموحدة تتعامل مع الواقع الفعلى - السائد بين دول العالم من جهة - والسارى عليه العمل بين البنوك وأطراف خطاب الضمان فى الممارسة الفعلية واختلافاتهم الكبيرة فى التأصيل والتطبيق والممارسة وتأسيساً على ذلك فهى قواعد توفيقية لوجهات

نظر مختلفة أو متعارضة - وغاية القواعد الموحدة هي التقريب بينها ما إستطاعت - سواء في ذلك النول وقوانينها المختلفة في هذا الموضوع أو بالنسبة للتوفيق بين المصالح المتعارضة للعلاقات الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان البنكي والتي أفرزته والتعبيرات والكلمات التي استعملتها هذه القواعد الموحدة يجب الا يكون لها مدلول قانوني في تكييف خطاب الضمان البنكي وتأصيله في القانون لأن هذه التعبيرات والكلمات إنما سايرت ما هو سائد ومعمول به في البنوك وبين الأطراف المحيطة بخطاب الضمان - ومن الواضح أن القواعد الموحدة لاحكام الضمانات التعاقدية عموماً، وهذا هو عنوانها، لم تقحم نفسها في محاولة التكييف القانوني لخطاب الضمان البنكي. بل هي أقرب الى اعتباره نظاماً خاصاً قائماً بذاته، ومختلف عن أى نظم للضمانات الأخرى لأنه في واقعه خدمه مصرفيه تمويله بين البنك والمستفيد في علاقة شخصية بالنسبة لهما، غير قابل للتداول مستقل عن العلاقات المحيطة به والتي أفرزته - فهو ليس ضماناً من طرف ثالث بل التزاماً مباشراً من البنك للمستفيد - والتعبير بكلمة «ضمان» لا يلزم أن تضلنا في هذا الخصوص - «وسوف نرى ذلك واضحاً في قواعد I.C.C. الصادرة سنة ١٩٩٢ باسم «القواعد المحددة لخطابات الضمان تحت الطلب» وخطاب الضمان البنكي ليس عقداً لأنه نابع من ارادة البنك وحده والتعبير عنه (بالعقد) هو تعبير شائع الا أن القواعد الموحدة تعالج الضمانات العقدية البنكية وليس خطاب الضمان غير المشروط الذي صدرت بشأنه من I.C.C. القواعد والتعبيرات والكلمات والصياغات والعناوين في القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية سنة ١٩٧٨ - لا يجب أن تفهم على إنها إنحياز من هذه القواعد ضد السمات الاساسية لخطاب الضمان البنكي باعتباره تصرف قانوني مجرد عن السبب، مستقل عن العلاقات المحيطة به، التزاماً مباشراً من البنك للمستفيد، يُدْفَع من مال البنك، ولا علاقة للأمر في صرفه، يلزم أن يكون سنده كاف بذاته، ينتهي بإنتهاء أجله المحدد في صكه بوضوح - وقد أوضحت قواعد سنة ١٩٧٨ أنها لن تتدخل في تكييف الضمانات البنكية وحتى ولو ضمنت بعض مواد القواعد الموحدة إشارة الى مراجعة الأمر او المستفيد في بعض الحالات، فمثل هذا التعبير يعتبر من قبيل الخدمة المصرفيه ليس الا!!!.

تابع المقدمة :

تقوم محاولات لصياغة قواعد موحدة للضمانات البنكية في التجارة الدولية - وكذلك لخطابات الضمان البنكية في التجارة الدولية.

ولعل أبرزها وأهمها القواعد التي صدرت عن غرفة التجارة الدولية في باريس - Interna-tional Chamber of Commerce I.C.C.

وترعى ذلك هيئة الأمم المتحدة من خلال لجنة التجارة الدولية - United Nation Commis-sion on the International Trade Law وتسهل في هذا النشاط هيئات اقليمية ودولية أخرى وتدلي بدلوها البنوك العالمية - وتنتشر القواعد الجارية عليها العمل فيها عند إصدار الضمانات البنكية عموماً أو خطابات الضمان البنكية.

ونتناول في هذا الكتاب القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية الصادرة في سنة ١٩٧٨ - والقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب الصادرة سنة ١٩٩٢ وكلاهما صادرة عن I.C.C. ونشير أيضاً إلى نشاط Uncitral في هذا الخصوص.

ونتناول أخيراً خطاب الاعتماد المستندي بالضمان Synd By Letter of Credit.

نشرت I.C.C. سنة ١٩٨٧ القواعد الموحدة لضمانات العقود وقدم لها السكرتير العام للمنظمة إذ ذاك Mr. Bernard.S. Whble واستمرت العمل في إعدادها إثني عشرة عاماً، حتى ٧٨/٦/٢٠ وتضمنت هذه القواعد إحدى عشرة مادة .

ونشرت لأول مرة في أغسطس سنة ١٩٧٨ - ويلاحظ من العنوان الذي أُعطي لها أنها تهدف لمحاولة توحيد قواعد الضمانات في عقود الضمان على وجه العموم الصادرة من البنوك أو شركات التأمين أو مؤسسات التمويل والضمان ومنها خطاب الضمان البنكي - وذلك لتحقيق أكبر قدر من التوازن بين أطراف الضمانات ذاتها، وبين النظم والقوانين المختلفة في

البلاد المختلفة - وتمت الصياغة للمواد بالكبر قدر من المرونة مع محاولة تَوْخِي - المبادئ العادلة للمطالبة بالضمان والتزمت قواعد سنة ١٩٧٨ عن I.C.C ما استطاعت بتقرير الملاحق الاساسيه للضمانات الدولية للعقود خاصة بالنسبة لخطابات الضمانات البنكية .

ولم تقتحم نفسها في المسائل المعقدة الخاصة بالتكليف القانوني، وجعلت الاجتهاد إليها إختياريا وتجنبته بمرونة في صياغة النصوص، التصادم بينها وبين قوانين البلاد المختلفة في التفصيلات مثل إنتهاء الضمان في أجله الوارد بسنده أو الإبقاء عليه مرتبطا بالعقد الذي صدر بمناسبة، أو بالنسبة لما تفرضه بعض البلاد من رسم أو ضريبه عند الصرف أو عند تقديم طلب الإصدار... وغير ذلك .

وأشارت هذه القواعد إلى أن نص ورقة الضمان هي التي تحدد نوع الضمان وطبيعته وهل هو ضمان عادي أو ضمان مباشر من البنك للمستفيد حتى يسهل تحديد القانون الواجب التطبيق كما تحدثت هذه النصوص على بعض الشروط اللازم النص عليها في بعض أنواع الضمانات مثل خطاب الضمان متناقص القيمة في المقاولات - ومثل خطابات ضمان العطاءات الابتدائية والتهائية. وأشارت هذه القواعد الموحدة إلى مد خطاب الضمان وما هو مطلوب في هذا الخصوص - كما أشارت إلى إجراءات المطالبة به، ولزوم أن تتم في أجل الضمان وأن تصل البنك في هذا الأجل .

والأسس التي قامت عليها قواعد سنة ١٩٧٨ تحصلت في الآتي : -

(١) المطالبة بقيمة الضمان يجب أن تتم فقط عندما يكون للمستفيد حقا في ذلك يرجع إلى إخفاق الأمر في تنفيذ التزاماته .

(٢) يجب على المستفيد عند طلب الصرف أن يرفق معه المستندات الدالة على أن الأمر أخفق في التنفيذ طبقا لما هو مذكور في ورقة الضمان.

وأشارت مقدمة القواعد الموحدة الصادره سنة ١٩٧٨ أنها تغطي الضمانات التي تقدمها

البنوك - وشركات التأمين وشركات التمويل والضمان وأشارت لضمائن التنفيذ Performance Guarantees أو ضمائن إعادة الدفع Repayment Guarantees المطبقة بالمشاريع في بلاد أخرى التزمت ببيع بضائع أو خدمات في العلاقات التجارية الدولية.

وأشارت المقدمة أنه لتحقيق مصالح المستفيد والأمر والضامن - تعاونت I.C.C مع الحكومات المعنية - والمنظمات التجارية العالمية - وهيئة الأمم المتحدة UNCITRAL لتحقيق التوازن بين مصالح الاطراف الثلاثة المحيطة بخطاب الضمان.

ولم تجد لجنة الصياغة للقواعد الموحدة سنة ١٩٧٨ كما ذكرت في المقدمة مبررا أن تضمناها أى شروط خاصة بخطاب الضمان المستحق عند الاطلاع لأنها لا تشجع مثل هذا الضمان الذى يدفع للمستفيد بمجرد الطلب.

وهذا ما عدلت عنه تماما بإصدارها I.C.C قواعد سنة ١٩٩٢ الموحدة لخطاب الضمان المستحق بمجرد الاطلاع وكذلك أشارت المقدمة إلى أنها لم تر أى مبرر للدخول فى النقاش والآراء عن طبيعة الضمان وما إذا كان ضمنا أساسيا مستقلا فى الالتزام به أو هو التزام ثانى وذلك للخلافات حول ذلك فى البلاد المختلفة وفى قوانين هذه البلاد .

وشرحت لجنة الصياغة للقواعد الموحدة لعقد الضمان سنة ١٩٧٨ كل مادة من موادها بما يمكن اعتباره مذكرو تفسيريه لهذه القواعد .

نصوص القواعد الموحدة للضمائنات

التعاقديه الصادره والمنشوره فى أغسطس سنة ١٩٧٨

سوف نُحَصِّلُ المواد ولا نترجمها - فلم تُصدر I.C.C نصا عربيا معتمدا منها لذلك يحسن أو يجب الرجوع إليها باللغة الانجليزية أو الفرنسية - وعلى أى حال فسوف ننقل النص باللغة

الانجليزية وشرح المواد مرجعه ما أورثته I.C.C. فيما يمكن تسميته المذكرة التفسيرية لهذه القواعد.

تحصيل المادة الأولى

تحكم هذه النصوص - أي ضمان أو كفاله أو التزام بالتعويض - أو أي التزام آخر مماثل - بأى تسمية نص فيه على سريان للقواعد الموحدة لضمانات العقود سواء كانت عقود عطاءات أو تنفيذ أو سداد وتنطبق النصوص على جميع أطراف العلاقة، إلا إذا نص فى سند الضمان على غير ذلك - أو كانت هذه القواعد متعارضة مع القانون الذى يحكم الضمان فيلزم إعمال مقتضى القانون.

شرح المادة الأولى :

ويلزم النص فى ورقة الضمان صراحة على أنه خاضع لأحكام القواعد الموحدة لضمانات التعاقدية المنشورة تحت رقم ٣٢٥ فى أغسطس ١٩٧٨ من I.C.C. - وعند إذن تحكم القواعد جميع الأطراف إلا إذ نكر غير ذلك فى سند الضمان - وإعمال القواعد إعمالاً جزئياً، يسمح بأخضاع خطاب الضمان غير المشروط لهذه القواعد طبقاً للمادة ٩ - وقد يحسن النص على اختيار تطبيق القواعد الموحدة هذه فى العقد الأصيل فى بعض المشاريع مثل عقود المقاولات، ولا تطبق القواعد الموحدة - وكذلك النصوص المقررة فى سند الضمان - فى بعض البلاد التى يحدد القانون أو القرارات فيها نص صياغة سند الضمان - وأيضاً إذا كانت القوانين لا تنهى الضمان طالما أن ورقته بيد المستفيد أو طالما أن العقد الأصيل مازال سارياً - إلا إذا أعفى المستفيد البنك من الالتزام بالضمان، ويلزم دراسة مثل هذه القوانين من أطراف العلاقة عند طلب إصدار الضمان - وخاصة إذا كان الضمان صادر لمستفيد فى بلد أجنبى بناء عن طلب أمر فى بلد آخر.

نفى هذه الظروف يكون القانون الذي يحكم الضمان هو قانون البلد الأجنبي على ما هو
مذكور في المادة ١٠ من هذه القواعد.

وهذا نص المادة الأولى باللغة الانجليزية كما نشرتها I.C.C.

Article 1.

Scope

- 1 - These Rules apply to any guarantee, bond indemnity, surety or similar undertaking, how ever named or described ("guarantee"). which states that it is subject to the Uniform Rules for Tender, Performance and Re-
payment Guarantees ("Contract Guarantee") of the International Chamber of Commerce (Publication N° 325) and are binding upon all parties thereto unless otherwise expressly stated in the guarantee or any amendment thereto.
- 2 - Where any of these Rules is contrary to a provision of the law applica-
ble to the guarantee from which the parties cannot derogate, that pro-
vision prevails.

تخصيل المادة الثانية

تعني كلمة ضمانات العطاءات أو التوريدات التزام البنك أو شركة التأمين أو طرف
ثالث بناء عن طلب الأمر أو من كُلف بالضمان بتعويض المستفيد عن خطأ الأمر بمبلغ
محدد من النقود " الضمان المقابل " كما تعني كلمة ضمان التنفيذ التزام من ذكرها

أعلاه في تعويض المستفيد عن العجز في توريد البضائع أو عدم تغطية الخدمات أو أي عقد آخر بمبلغ محدد من النقود لخطأ المتعاقد الأصلي وفقاً لشروط العقد بينه وبين المستفيد.

ورد الدفعات المقدمة - من البنك أو شركة التأمين أو طرف ثالث أو من كلفه أحدهم بالضمان - إنما تعنى أن يرد الضامن للمستفيد ما يكون قد دفعه مقدماً للأمر وفقاً لشروط العقد بينهما في حدود مبلغ محدد من النقود.

شرح المادة الثانية :

وبدون أن نتعرض للتكييف القانوني تلخص هذه المادة الثانية التعامل مع مختلف أنواع الضمانات - التي وضعت القواعد الموحدة لتغطيتها وتحديد دور كل طرف من أطراف العملية التجارية.

ويلزم أن نأخذ في الاعتبار أن بعض الضمانات قد تكون غير مقبولة قانوناً في بلاد معينة - إذا ما كانت صادرة عن بنك أجنبي خارج بلد المستفيد لذلك يلزم - في هذه الحالة إصدار خطاب ضمان مقابل من بنك في بلد المستفيد في حدود مبلغ الضمان الأصلي.

وفي بعض البلاد يلتزم الضامن بتعويض المستفيد عن عدم تنفيذ العقد وليس في حدود المبلغ المحدد في ورقة الضمان وذلك في ضمانات التنفيذ - وقد يربط بين التزامات الأمر والخطأ المنسوب إليه في العقد الأصلي وبين التزام الضامن بالتعويض -

هذا نص المادة الثانية باللغة الانجليزية من I.C.C.

Article 2

Definition

For the purposes of these Rules :

a "tender guarantee" means an undertaking given by a bank, insurance

company or other party ("the guarantor") at the request of a tenderer ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a party inviting tenders ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in the obligations resulting from the submission of the tender - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money;

b "performance guarantee" means an undertaking given by a bank, insurance company or other party ("the guarantor") at the request of a supplier of goods or services or other contractor ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary ("the contract") - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for performance of the contract;

c "repayment guarantee" means an undertaking given by a bank, insurance company or other party ("the guarantor") at the request of a supplier of goods or services or other contractor ("the principal") or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so re-

requested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer ("the beneficiary") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal to repay in accordance with the terms and conditions of - the contract between the principal and the beneficiary ("the contract") any sum or sums advanced or paid by the beneficiary to the principal and not otherwise repaid-to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money.

فصل المادة الثالثة

التزامات الضامن للمستفيد :

- ١ - التزام الضامن بالمبلغ المحدد في ورقة الضمان - يرد الى النصوص والشروط الواردة بصك الضمان ذاته وعلى أساس القواعد المحددة في هذه القواعد الموحدة.
- ٢ - قيمة التزام الضامن لا يسرى عليه التخفيض المُؤسَّس على التنفيذ الجزئي - إلا إذا نص على ذلك في صك الضمان.
- ٣ - يلتزم الضامن بالنصوص والشروط الواردة في ورقة الضمان أو تلك المذكورة في هذه القواعد الموحدة وحدها.

شرح المادة الثالثة :

تحديد التزامات الضامن قبل المستفيد - في نصوص ورقة الضمان هي أقصى ما تستطيع النصوص لتوضيح طبيعة الضمان إن التعبيرات والكلمات كذلك المحتوى والمعنى لهذه النصوص هي التي تحدد المقصود من الضمان - وما إذا كان يعنى ضماناً أساسياً وأنه

ضمان ثانٍ - لأن هذا الموضوع قد يكون معالجا في القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ويلزم أن يكون واضحاً من نص الضمان ما يلزم أن يحاط به الضامن والمستفيد خاصة قيمة الضمان الذي يدفعه الضامن وتاريخ ذلك - والصياغة الواضحة هي التي تعطي الفهم والانتطاع القانوني السليم - وماذا تعني العلاقة التجارية بينهما. ففي ضمان المقاولات والتوريدات - يلزم أن تكون نسبة الضمان معقولة ولا صرف المقاول - النظر عن الدخول في العملية أو يرفع الاسعار اذا كانت النسبة مبالغ فيها ويلزم أن يكون تاريخ انتهاء الضمان أقرب ما يمكن أن يكون لتاريخ قبول العطاء - طالما أنه ليس من مصلحة الأمر أو المستفيد تعليق أجل الضمان لمدة طويلة وبالنسبة لأنواع الضمانات الأخرى فإن التزامات الضامن هي في الواقع مرتبطة بأخطاء المتعاقد الأصلي - فإذا تضمنت ورقة الضمان شروطاً متعلقة بوقائع مُعَيَّنة للخطأ يكون للمستفيد الحق في المطالبة بالضمان وكذلك مقدار هذه المطالبة - ويجب أن تكون هذه الشروط في طبيعتها تسمح للضامن أن يتحقق من قيام هذه الشروط.

ويلزم الانتباه لحقيقته هامة هي تعبيرات ورقة الضمان وتحديد مدى التزام الضامن.

وليس في هذه القواعد أى ارتباط بين تخفيض قيمة الضمان - وبين الوفاء الجزئي للالتزام الذي صدر الضمان بمناسبته - وعلى ذلك فإذا كان هدف الأطراف أن يخفف الضمان عند التنفيذ الجزئي أو لأى سبب آخر مثل تقدم العمل في ضمانات التنفيذ - فيلزم النص عن ذلك في ورقة الضمان - ويحسن أن ينص عليها أيضاً في العقد الأصلي.

هذا نص المادة الثالثة كما أوردها I.C.C - باللغة الانجليزية

Article 3

Liability of the guarantor to the beneficiary

- 1 - The guarantor is Liable to the beneficiary only in accordance with the terms and conditions specified in the guarantee and these Rules and up

to an amount not exceeding that stated in the guarantee.

- 2 - The amount of liability stated in the guarantee shall not be reduced by reason of any partial performance of the contract, unless so specified in the guarantee.
- 3 - The guarantor may rely only on those defences which are based on the terms and conditions specified in the guarantee or are allowed under these Rules.

تحصيل المادة الرابعة

إن لم تحدد ورقة الضمان تاريخاً محدداً لإنهاء عقد المقلوبه يعتبر منهياً في الحالات الآتية: -

- ١ - ينتهي الضمان في ضمانات المقاولات بعد ستة أشهر من تاريخ صدور الضمان.
 - ٢ - وفي ضمانات التنفيذ - ينتهي الضمان بعد ستة أشهر من تاريخ عقد التوريد أو أى مّدة له - أو بعد مرور شهر واحد من موعد إنتهاء الصيانة المنصوص عليها في العقد ويغطيها الضمان.
 - ٣ - وينتهي الضمان بعد ستة أشهر من التاريخ المنصوص عليه في ضمانات ردّ ما سبق دفعه بالنسبة لردّ الدفعات المقدمة.
- وإذا صادف إنتهاء الضمان يوم عطلة إمتد الى أول يوم عمل يليه

شرح المادة الرابعة :

من المرغوب فيه أن يتضمن نص الضمان نصاً محدداً لتاريخ إنتهاء الضمان والذي يلزم فى خلاله أن يتسلم الضامن طلب الصرف - وعلى ذلك فالمتعاقد الأصلي عليه أن يطلب إثبات تاريخ إنتهاء الضمان إما مباشرة من الضامن أو من خلال المكلف بأصدار الضمان - مؤكداً ضرورة ذكر تاريخ إنتهاء الضمان فى سند الضمان ذاته - وعملياً يلزم الربط بين تاريخ إنهاء الضمان - ومدة عقد المقاولة أو التوريد أو المدة المقررة للتنفيذ فى العقد ولا تطبيق الفقرات الثلاثة الاولى فى هذه المادة إلا إذا كان الأمر لم يثبت تاريخاً لإنتهاء الضمان ويجب الأخذ فى الاعتبار أن تشريعات بعض البلاد لا تعترف أو أنها تمنع ذكر تاريخ إنتهاء خطاب الضمان فى نص سنده - وهذا قد يؤدى الى بقاء الضامن مسئولاً عن الضمان لمدة أطول من تلك المنصوص عليها فى هذه المادة أو سند الضمان ذاته وحقيقة اعتبار تاريخ إنتهاء الضمان هو آخر تاريخ لمطالبة الضامن بصرفه فإن المقصود بيوم العطلة المذكور فى هذه المادة - هو يوم العطلة فى بلد الضامن وليس بلد المستفيد.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أورده I.C.C.

Article 4

Last date for claim

If a guarantee does not specify a last date by which a claim must have been received by the guarantor, such last date ("expiry date") is deemed to be :

a in the case of a tender guarantee, six months from the date of the guarantee;

b in the case of a performance guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension

thereof, or one month after the expiry of any maintenance period (guarantee period) provided for in the contract if such maintenance period is expressly covered by the performance guarantee;

c in the case of a repayment guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension thereof.

If the expiry date falls on a non-business day, the expiry date is extended until the first following business day.

تحصيل المادة الخامسة

ينتهي الضمان - أصلاً - بمطالبة المستفيد الصرف في أجله أو قبل حلول ذلك الأجل - أو إذا أبرأ المستفيد الضامن عن حقوق المقرره في الضمان.

وإضافة لما ذكر في المادة ٤ في عقد المقاولة ينتهي ضمان التنفيذ - إذا ما قبل المستفيد ذلك كتابة أو ذكر ذلك في عقد المقاولة - أو إذا كان المتعاقد الأصلي قد أمر بإصدار الضمان ولم يكن ذلك مطلوباً - وينتهي هذا الضمان أيضاً إذا أسندت المقاولة لمقاول آخر أو أعلن المستفيد أنه لا ينوي تنفيذ عقد المقاولة.

شرح المادة الخامسة :

هدف هذه المادة أن تحدد تفصيلاً متى تنتهي فاعلية الضمان - وذلك مهم على وجه الخصوص في عقود المقاولات - وأبرزت هذه المادة بوضوح، وضع المستفيد الذي يحيط بظروف التعاقد في مواجهة الضامن الذي غالباً تتقصه هذه المعلومات - كما ذكرت المادة

Article 5

Expiry of guarantee

- 1 - If no claim has been received by the guarantor on or before the expiry date or if any claim arising under the guarantee has been settled in full satisfaction of all the rights of the beneficiary thereunder, the guarantee ceases to be valid.
- 2 - Notwithstanding the provisions of Article 4, in the case of tender guarantees :

a upon acceptance by the beneficiary of the tender by the award of the contract to the principal and, if so provided for in the written contract, or, if no contract has been signed and it is so provided for in the tender, the production by the principal of a performance guarantee or, if no such guarantee is required, the signature by the principal of the contract, the tender guarantee issued on his behalf ceases to be valid;

b a tender guarantee also ceases to be valid if and when the contract to which it relates is awarded to another tenderer, whether or not that tenderer meets the requirements referred to in para. 2 (a) of this Article;

c a tender guarantee also ceases to be valid in the event of the beneficiary expressly declaring that he does not intend to place a contract.

تحصيل المادة السادسة

عندما ينتهي الضمان طبقاً لنصوصه وشروطه أو طبقاً لهذه النصوص - إعادة صك الضمان لا يمثل في ذاته أى التزام على المستفيد والمستند يلزم رده للضامن دون تأخير.

شرح المادة السادسة :

إعادة ورقة الضمان المنتهى مرغوب فيه لتأكيد إنتهائه - ولتأكيد أن أى مطالبه لن تحدث تأسيساً على هذا المستند - وهذا مهم خاصة فى البلاد التى تنص قوانينها أنه يلزم إعادة سند الضمان لاعتباره منتهياً إلا إذا أعطى المستفيد الضامن من التزامه - ورد سند الضمان هو أيضاً مطلوب للقطع بإنعدام مسئولية الضامن تماماً - والنصوص الموحده لم تقرر أى جزاء لعدم إعادة سند الضمان طالما أن ذلك لا يمثل التزاماً على المستفيد.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أورده L.C.C.

Article 6

Return of guarantee

When a guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms and conditions or with these Rules, retention of the document embodying the guarantee does not in itself confer any rights upon the beneficiary, and the document should be returned to the guarantor without delay.

فصل المادة السابعة

لا تقدم الضمانات في عقود المقاولات إلا على أساس العقد الأصلي بين الأمر والمستفيد ولا يمتد الضمان على أي تعديل عليه سواء بالنسبة لتاريخ إنتهائه أو قيمته المنصوص عليها في ورقة الضمان إلا إذا أخطر الضامن المستفيد كتابةً أو برقيةاً أو بفاكس أنه قد تم مد خطاب الضمان أو تعديل قيمته.

وبالنسبة لضمان التنفيذ - وضمان إعادة الدفع - يمكن الاتفاق على أنها لا تقوم أو يعمل بها إذا عدلت عما ذكر بالتعاقد الأصلي - وكذلك غير مقبول تعديل نصوصه وشروطه (قيمة الضمان أو تاريخ إنتهائه) المشار إليها في نصه وطبقاً لهذه القواعد من الضامن - إلا إذا أخطر الضامن المستفيد ووافق هو أو الأمر على تعديل الضمان كتابةً أو برقيةاً أو بفاكس أو الضامن في الضمان المقابل.

شرح المادة السابعة :

تعالج هذه المادة - في عقد المقاوله - حالة طلب المستفيد «الدفع أو المد» - وقد يكون لديه مبرراً لذلك - ولكنه لا يلزم أن يجبر الأمر تحت ضغط التهديد بالصرف أن يستجيب للمد وعلى ذلك لا يستجيب الضامن لهذا الطلب إلا إذا أرفق معه التقرير المنوه عنه في المادة ١/٩ . وأيضاً لا يمد الضامن أجل إنتهاء الضمان أو يعدل أي نص أو شرط فيه دون مراجعة الأمر أو المستفيد أو الضامن في ضمان المقابل حسب الاحوال.

وعلى الضامن دراسة العقد الأصلي ومدى التزامات الأمر الوارده به متى يمكنه أن يقرر منح الضمان من عدمه وشروط العقد الأصلي تكون أكثر أهمية للضامن إذا كان موضوع الضمان هو تعويض عدم التنفيذ المؤسس على غش الأمر.

وأي تعديلات في شروط العقد الأصلي لا تشملها مظلة الضمان - ولا تجبر الضامن الى تغيير قيمة الضمان أو إلى مد أجله إلا إذا وافق الأمر على ذلك ويلزم أن يحاط الضامن علماً

بأي تعديل للتعاقد الأصلي حتى يمكنه تغيير مسؤولياته - ويلزم النص في سند الضمان على ذلك.

هذا هو النص باللغة الانجليزية كما أورده I.C.C.

Article 7

Amendments to contracts and guarantees

- 1 - A tender guarantee is valid only in respect of the original tender submitted by the principal and does not apply in the case of any amendment thereto, nor is it valid beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantee has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the guarantee so applies or that the expiry date has been extended.
- 2 - A performance guarantee or a repayment guarantee may stipulate that it shall not be valid in respect of any amendment to the contract, or that the guarantor be notified of any such amendment for his approval. Failing such a stipulation, the guarantee is valid in respect of the obligations of the principal as expressed in the contract and any amendment thereto. However, the guarantee shall not be valid in excess of the amount or beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the amount has been increased to a stated figure or that the expiry date has been extended.
- 3 - Any amendment made by the guarantor in the terms and conditions of the guarantee shall be effective in respect of the beneficiary only if

agreed to by the beneficiary and in respect of the principal or the instructing party, as the case may be.

تحصيل المادة الثامنة

تتم المطالبة بالضمان كتابةً أو برقيةً أو بتلكس. على أن تصل في موعد غايته تاريخ إنتهاء الضمان طبقاً لشروطه أو طبقاً لهذه القواعد وبمجرد استلام الضامن المطالبة، عليه أن يخطر الأمر أو المكلف بالضمان خاصة إذا كان يلزم تقديم مستندات مع طلب الصرف ويصرف مبلغ الضمان : -

- ١ - إذا قدم وفقاً لما هو مذكور في هذه القواعد مادة أولى.
- ٢ - أن يرفق بطلب الصرف المستندات المنصوص عنها فيه أو الواردة في هذه القواعد.
- ٣ - تقدم المستندات في الموعد المحدد في سند الضمان أو الموعد المحدد في هذه القواعد - فإذا تعذر ذلك يجب أن يتم تسليمها في موعد غايته ستة أشهر من تاريخ المطالبة - وينتهي الحق في الصرف إذا إنتهى أجله طبقاً لشروطه أو وفقاً لهذه القواعد.

شرح المادة الثامنة :

يجب ذكر اسم وعنوان الضامن في سند الضمان الذي توجه اليه المطالبة - لأنه قد يكون للضامن في المدينة أكثر من مكتب .

لم تعالج هذه القواعد تقديم المطالبة في أجل خطاب الضمان ولكنها لم تصل علم الضامن الا بعد إنتهاء الضمان بسبب يرجع القوة القاهرة - وذلك لأن مفهوم القوة القاهرة يختلف في القوانين من بلد لآخر وكذلك وبالنسبة للقانون واجب التطبيق.

Article 8

Submission of claim

- 1 - A claim under a guarantee shall be made in writing or by cable or telegram or telex to be received by the guarantor not later than on the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules.
- 2 - On receipt of a claim the guarantor shall notify the principal or the instructing party, as the case may be, without delay, of such claim and of any documentation received.
- 3 - A claim shall not be honoured unless.

a it has been made and received as required by para. 1 of this Article; and

b it is supported by such documentation as is specified in the guarantee or in these Rules; and

c such documentation is presented within the period of time after the receipt of a claim specified in the guarantee, or, failing such a specification, as soon as practicable, or, in the case of documentation of the beneficiary himself, at the latest within six months from the receipt of a claim.

In any event, a claim shall not be honoured if the guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms or with these Rules.

مُخَصِّل المادة التاسعة

إن لم يذكر سند الضمان المستندات التي يلزم تقديمها عند طلب الصرف - أو أنه نص

على تقديم اقرار من المستفيد قبلزم في عقود المقاولات أن يقدم المستفيد تقريراً بأن
المقاوله رست على التعاقد الأصلي ولكنه لم يوقع العقد النهائي إلا أنه لم يقدم ضمان
التنفيذ المنصوص عليه، وإخطاراً للمتعاقدين الأصلي بأنه يقبل ره أى مبالغ يكون قد
قبضها تنفيذاً للضمان ولأى منازعه أو اعتراض منه - كلياً أو جزئياً إذا ما صدر حكم من
القضاء أو التحكيم طبقاً لشروط المقاوله او من محكمة التحكيم في I.C.C. أو قواعد
Uncitral. للتحكيم حسب اختيار التعاقد الأصلي.

وفي حالة ضمان التنفيذ أو ضمان اعادة الدفع يقبل حكم قضائي أو حكم تحكيم
بعدالة الطالبه أو موافقة كتابية من الأمر.

شرح المادة التاسعة :

أوضحت المادة التاسعة أنه يجب أن يكون للمستفيد حقاً قانونياً في المطالبة بالضمان
مؤسساً على إخفاق التعاقد الأصلي في إتمام التعاقد - كما أوجبت مظهره المطالبه بالأدله
المثبتة لخطأ التعاقد الأصلي ويحسن النص على هذه الادله في ورقة الضمان ويمكن تحديد
المستندات اللازمة لاثبات ذلك في التعاقد الأصلي - ثم تنقل الى سند الضمان مثل طلب
شهادة مراجع أو حكم محكمه أو مُحكَم على أن تكون واضحه ليسهل على الضامن تقدير أنها
الشهادات المطلوبة - وفي الضمانات غير المشروطة المستحقة بمجرد الاطلاع لا يطلب فيها
مستندات وذلك مفهوم من الفقرة الاولى في المادة التاسعة لأن اعلان المستفيد أن عرض
التعاقد الأصلي قد قبل معناه أن هذا القبول غير مشروط.

وتعني الفقرة الثانية في هذه المادة - أن الحكم القضائي أو حكم التحكيم المشار اليهما
هو الصادر في النزاع بين التعاقد الأصلي والمستفيد...

هذا نص المادة ٩ بالانجليزية كما أوردته I.C.C.

Article 2

Documentation to support claim

If a guarantee does not specify the documentation to be produced in

support of a claim or merely specifies only a statement of claim by the beneficiary, the beneficiary must submit:

a in the case of tender guarantee, his declaration that the principal's tender has been accepted and that the principal has, then either failed to sign the contract or has failed to submit a performance guarantee as provided for in the tender, and his declaration of agreement, addressed to the principal, to have any dispute on any claim by the principal for payment to him by the beneficiary of all or part of the amount paid under the guarantee settled by a judicial or arbitral tribunal as specified in the tender documents or, if not so specified or otherwise agreed upon, by arbitration in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration or with the UNCITRAL Arbitration Rules, at the option of the principal;

b in the case of a performance guarantee or of a repayment guarantee, either a court decision or an arbitral award justifying the claim, or the approval of the principal in writing to the claim and the amount to be paid.

تحصيل المادة العاشرة

إذ لم يذكر في سند الضمان القانون الواجب التطبيق - يكون هو قانون البلد مقر نشاط الضامن فإذا كان للضامن أكثر من فرع في بلاد مختلفة - فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الفرع الذي أصدر الضمان.

شرح المادة العاشرة :

لا تقصد القواعد الموحدة أعمال مقتضاها في جميع المنازعات المترتبة عن الضمانات -

لذلك نصت عن القانون الواجب التطبيق الذى يحسن أن يحدد فى سند الضمان والا كان هو قانون بلد الضامن الذى يباشر فيه عمله - فإذا كان له أكثر من فرع فهو قانون بلد الفرع الذى أصدر الضمان.

وهذا غير مقبول ممن ينظرون الى الضمان على أنه عقد تابع للعقد الأسمى اللذين يرون أن قانونه هو الواجب التطبيق - ولكن القواعد الموحدة رأت الأخذ بقانون بلد الضامن لأنه الأفضل - هذا علاوة على أنه لا يمكن تحديد القانون الآخر بدقة - ولأن الضامن قد لا يصدر الضمان الا إذا كان خاضعاً لقانون بلده. وقبل ذلك فهذه القواعد تجنبت الخوض فى طبيعة الضمان أو تكييفه القانونى.

هذا هو نص المادة ١٠ بالانجليزية كما أوردته I.C.C.

Article 10

Applicable law

If a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. If the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

تخصيل المادة الحادية عشرة

يُحال أى خلاف بين الضامن والمستفيد الى التحكيم الذى يتم الاتفاق عليه بينهما أو الى محكمة I.C.C. للتحكيم وطبقاً لقواعدها أو Uncitral وطبقاً لقواعدها - وإذا كان الخلاف بين الضامن والمستفيد يس حقوقي والتزامات المتعاقدين الأسمى يكون من حقهما التدخل فى التحكيم - وإذا لم يتم الاتفاق بين الضامن والمستفيد على اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص مَعْتُوداً لبلد نشاط الضامن أو الفرع الذى أصدر

الضمان أو نشاط المركز الرئيسي للضامن حسب اختيار المستفيد.

شرح المادة الحادية عشرة :

ترى القواعد الموحدة أن أى خلاف حول الضمان يحسن أن يحال التحكيم - إذا ما اتفق عليه الضامن والمستفيد ووضعا مشارطته بكامل حُرِّيَّتْهِمَا.

وإن يكون من حقهما اللجوء الى أهم محكمة تحكيم نوايتين L.C.C. أو Uncitral .

وعند قيام النزاع بين الضامن والمستفيد - يكون مفيداً تبخل المتعاقد الأصلي أو المكلف بإصدار الضمان فى التحكيم - ولكن القواعد لا تفرض عليهما ذلك - ولا تسمح للمستفيد أو الضامن الاعتراض على هذا التدخل فى النزاع.

وإذا لجأ الطرفان الى القضاء - فإنهما قد يضطرا الى اللجوء للقضاء فى بلاد مختلفة لذلك نصت القواعد على اختصاص محكمة بلد نشاط الضامن أو بلد الفرع الذى أصدر الضمان.

Article 11

Settlement of disputes

- 1 - Any disputes arising in connection with the guarantee may be referred to arbitration by agreement between the guarantor and the beneficiary, either in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration, the UNCITRAL Arbitration Rules or such other rules of arbitration as may be agreed between the guarantor and the beneficiary.
- 2 - If a dispute between the guarantor and the beneficiary which touches upon the rights and obligations of the principal or the instructing party is referred to arbitration, the principal or the instructing party shall have the right to intervene in such arbitral proceedings.

- 3 - If the guarantor and the beneficiary have not agreed to arbitration or to the jurisdiction of any specific court, any dispute between them relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the guarantor's place of business or, if the guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of his main place of business or, at the option of the beneficiary, by the competent court of the country of the branch which issued the guarantee.

القواعد الموحدة لخطابات الضمان المستحقة عند الطلب

Uniform Rules For Demand Guarantee

خلفيات مراحل الإعداد لهذه القواعد

لم تلق القواعد الموحدة لضمائن العقود الصادرة ١٩٧٨ الا قبولاً محدوداً - وهي مازالت سارية ومعمول بها وتتصدى لضمائن العقود على وجه العموم سواء أكانت صادرة عن البنوك أو شركات التأمين أو جهة أخرى مثل شركات التمويل والضمان.

ويعد دراسات طويلة وجدت I.C.C. ضروره وضع قواعد جديدة أعدت في غضون ١٩٨٧ أى بعد عشر سنوات من قواعد ١٩٧٨ وعرضت مسوده لها في إجتماع Uncitral بنيورك في المده من ١١ الى ٢٢ ابريل ١٩٨٨ كما درست في الاجتماع المتعقد من ٢١/١١/٨٨ حتى ٢٢/١٢/٨٨ لهذه اللجنة Nation Commission on International Trade Law "Uncitral".

وقد صيغت القواعد الجديدة في ٢٨ ماده - تضمن تقرير هيئة الأمم المتحدة عنها ملاحظاته عن كل ماده وأقتراحاته في اضافة مواد جديدة - بعد سماع ملاحظات ممثله I.C.C. وقرر فريق العمل المبادئ العامه للمراجعة؛ وأوضحت أنها تراجع عملاً تم بمعرفة منظمة دولية خاصه وليست حكومية « I.C.C. » وأن هذا استثناء لا يقاس عليه ولا حظ فريق العمل Working Group - أن مسودة المشروع المقدم من I.C.C. أعطيت عنوان Stand By Letter of Credit and guarantees وهذا قد يفهم منه أن الخطاب المستندى بالضمان هو الآخر معروض للمناقشة في حين أن الموضوع المعروض هو Bank guarantees فقط -

كما لاحظ فريق العمل ان القواعد الموحده للضمائن البنكية لا يمكن أن تغطي جميع مشاكل التطبيق - خاصة في أحوال صرف الضمائن غير العادله أو غير القانونية - ولكنها يمكنها أن تقلل من هذه المشاكل.

ومسودة القواعد التي كانت معروضه على Uncitral تم اعدادها بمعرفة : -

A) I.C.C. Commission on Banking Technique and Practice.

B) I.C.C. Commission on International Commercial Practice.

وعقد اجتماع فيينا المشار اليه سنة ١٩٨٨ من جميع الاعضاء الدول المهتمة بالمشاركة في الموضوع وهم : - الارچنتين - أستراليا - الصين - تشكولواثاكي - هولندا - نيجيريا - اسبانيا - السويد - الاتحاد السوفيتي - بريطانيا - ايرلندا - الولايات المتحدة.
كما حضرته الدول الآتية كمرابين : أفغانستان - بلغاريا - كندا - كولومبيا - المانيا - اندونيسيا - بولندا - السودان - تايلاند.

حضرته أيضاً كمرابين المنظمات الدولية الآتية :

A) Commission of the European Communities.

B) Hague Conference on Private International Law.

C) International Chamber of Commerce.

ورأس اجتماع اللجنة ممثل هولندا Mr. A.S. Hartkam

وانتخب مقرر اللجنة من الصين Mr. LTU DAGUO

وعرضت السكرتارية جدول الاعمال الذي تضمن : -

أولاً : مذكرة السكرتارية عن آخر مسوده للمشروع بعنوان « القواعد الموحده للضمانات »

مقدم من I.C.C.

ثانياً : مذكرة السكرتارية بملاحظاتها على هذه المسودة أوضحت مندوبة I.C.C. خلفيات اعداد I.C.C. لمسودة المشروع الموحد للضمانات وقالت أنه يرجع الى أن القواعد الصادرة في اغسطس سنة ١٩٧٨ كان نجاحها محدوداً - والقواعد الجديدة هي عمل جاد لصياغة جديدة

توفق بين جميع المصالح المختلفة في الضمانات - وأن هذا المشروع هو نموذج من مشروعات أخرى صادرة عن I.C.C. خاصة قواعد U.C.P. خطابات الاعتمادات المستندية Uniform Customs and Practice For Documentary Credits.

وبعد ذلك بدأ فريق العمل دراسة مسودة المشروع المقدم من I.C.C. مادة مادة مع ابداء الملاحظات على كل مادة على حده - ثم إنتهى تقرير فريق العمل باقتراح أن يتضمن المشروع النهائي I.C.C. بعض المواد الإضافية الأخرى ومن المفيد جداً مراجعة أعمال هيئة الأمم المتحدة Uncitral المنشورة في ١٦/٩/١٩٨٨ و ٢٨/٩/١٩٨٨ و ١٢/١٢/١٩٨٨ و ٢٦/٣/١٩٨٨.

صدور القواعد الموحدة الجديدة

صدرت وأعيد طبعها ١٩٩٢، ١٩٩٥ - ١٩٩٦ آخر طبعه وندرسها في طبعه ١٩٩٦ مادة من الأصل باللغة الانجليزية لأن I.C.C. لم تصدرها باللغة العربية المعتمدة لديها. ونحصل مفهوم المواد ولا نترجمها مع إثبات الأصل الانجليزي - ونأخذ في شرح كل مادة بما أورنته I.C.C. في هذا الخصوص - وقد نشير اذا لزم الأمر، الى اعمال هيئة الأمم المتحدة في دراستها للمسودة بمعرفة فريق عمل Uncitral ونلاحظ ابتداء أن I.C.C. أعطت عنواناً جديداً للقواعد الجديدة هو القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب.

I.C.C. Uniform Rules For Demand Guarantees

ولم تكن المسودة بهذا العنوان الذي صدرت به القواعد على ما أسلفنا.

مقدمة I.C.C. للقواعد الموحدة

منذ حوالي ثلاثون عاماً ومنظمة I.C.C. تهتم بخطاب الضمان البنكي المستحق عند الطلب في التجارة الدولية وشكلت فريق عمل من لجنة مباشرة التجارة الدولية - لجنة البنوك الفنية لوضع قواعد لعدم الاخلال بالمنافسة الدولية في التجارة وتأمين صرف خطاب الضمان عند

الطلب وكانت المحاولات الاولى هي قواعد سنة ١٩٧٨ والتي مازالت سارية الا أن يحين الوقت لإنهائها والقواعد الموحده الجديده أكثر إقتراحاً لما هو جارئ عليه العمل فعلاً في خطابات الضمان المستحقه عند الطلب مع الأخذ في الاعتبار تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة وتُحد من المطالبات بالصرف غير المشروع - ورأس فريق العمل في اللجنتين المشار اليهما Dr. Rudolf Von Graffenried رأس اللجنة الفرعية Professor Roy Goode.

وهذه القواعد الموحده لا تغطي فقط العلاقة بين الضامن والمستفيد وانما أيضاً تلك المترتبة عن الضمانات المقابله.

والهدف هو تطبيق هذه القواعد عالمياً على خطاب الضمان البنكي المستحق بمجرد الطلب أو عند الاطلاع « وهو خطاب الضمان غير المشروط » - وأى التزام آخر من الضامن بالدفع يكون واجب الضامن هو دفع قيمة خطاب الضمان عند التقدم لصرفه كتابة مع أى مستند يكون منصوص عليه فيه - وهو ليس مشروطاً صرفه بخطأ الأمر.

ويختلف خطاب الضمان المستحق عند الطلب عن الاعتماد المستندي بالضمان الذي قد يكون مؤسساً على خطأ الأمر - وعلى أى حال لا يهم الضامن في كليهما (الخطأ) وانما يهتم فقط بالمستندات الواجب ارفاقها.

وينظم الاعتماد المستندي بالضمان Stand by Letter of Credit القواعد الموحده لخطاب الاعتماد المستندي الصادر عن I.C.C. ويشار اليه U.C.P Customs and Practice For Documentary Credits وهو أكثر إنتشاراً من خطاب الضمان غير المشروط في النشاط التجارى لأنه يشرك الأطراف ومستندات الصرف رهينة بارادة الأمر أكثر منها بالبنك وهو بذلك يكون أقرب لخطاب الاعتماد المستندي كما يرى بعض الشراح.

ولكن خطاب الاعتماد المستندي بالضمان يعتبر من الناحية الفنية والعملية مثيلاً وبديلاً عن خطاب الضمان البنكي غير المشروط ولنا عوده الى ذلك.

وهذه القواعد لا تطبق على أنواع الضمانات الأخرى والمؤسسه على أن التزام الضامن مؤسس فقط على خطأ الأمر -- وهذه الضمانات واسعة الانتشار ولكنها خارجة عن هذه القواعد.

وتوفر هذه القواعد للمستفيد ضماناً عاجلاً بعبء من المال لتغطية مخاطر عدم وفاء الأمر بالتزاماته وبالنسبة للأمر يتوقع على أساس من حسن النية في التعامل أن يخطر كتابه لماذا يطلب المستفيد الصرف، وهذا قد يحد من أساءة المستفيد استعمال حقه في صرف خطاب الضمان.

وبالنسبة للضامن يرى أن خطاب الضمان غير المشروط يلزم أن يكون خالياً من أى شرط إلا مجرد إبرازه عند طلب الصرف خاصه وشروط الضمان لا تطلب من الضامن النظر فيما إذا ما كان المستفيد والأمر قد نفذاً التزامتهما من عدمه وتعبيرات وعبارات سند الضمان يلزم أن تكون واضحة في ذلك.

وأخذت هذه القواعد في اعتبارها خطابات الضمان المقابلة التي قد يصدرها الضامن الأصلية مباشرة أو بناء عن تعليمات عملية.

وتغطي هذه القواعد أصلاً خطاب الضمان غير المشروط ولكنها يمكن أن تغطي خطاب الضمان المشروط الذي فيه يلزم أن يقدم المستفيد تقريراً عن خطأ الأمر مع الإشارة أو عدم الإشارة الى طبيعة هذا الخطأ أو تقديم مستند من طرف ثالث ولكن الضمانات تنظمها هذه القواعد هي التي يلزم دفعها أساساً. بمجرد طلب الصرف، مرفقاً بها مستند أو أكثر - ليس معنى ذلك أن الصرف معلقاً على خطأ الأمر.

تحصيل مواد القواعد الموحدة لخطاب الضمان البنكي عند الطلب

تحصيل المادة الأولى

تطبق هذه القواعد على أى ضمان أو تعديل يكون - عند طلب إصداره قد ذكر في
سنده أنه تحكمه هذه القواعد وأنه يلزم جميع الأطراف ومقبول منهم وكذلك أى تعديل
له.

وهذا نص المادة الأولى باللغة الإنجليزية صياغة I.C.C.

A. SCOPE AND APPLICATION OF THE RULES

Article 1

These Rules apply to any demand guarantee and amendment thereto which
Guarantor (as hereinafter described) has been instructed to issue and which
states that it is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees of the
International Chamber of Commerce (Publication No 458) and are binding
on all parties thereto except as otherwise expressly stated in the Guarantee
or any amendment thereto.

تحصيل المادة الثانية

(١) تعنى هذه القواعد بتعبير خطاب الضمان عند الطلب - أى ضمان أو التزام بالدفع
أيا كانت تسميته أو وضعه صادر من بنك أو شركة تأمين أو طرف ثالث - تعبر عنه هذه
القواعد بكلمة ضامن - وهو من يُصدّر كتابةً التزاماً عليه بدفع مبلغاً من النقود بناءً

عن طلب كتابي من مستفيد - وفقاً للشروط الواردة في نص سند الضمان - مرفقاً به المستندات المذكورة في ورقة الضمان مثل شهادة من طرف ثالث أو حكم قضائي أو حكيمى - وذلك بناء عن طلب الأمر أو المتعاقد الأصلي - أو بناء عن طلب بنك أو شركة تأمين أو أى طرف ثالث تنفيذاً لتعليمات المتعاقد الأصلي - لمستفيد معين.

والضمانات بطبيعتها منفصلة عن العقد الأصلي أو شروط المقلولة التي تصدر بمناسبةها - ولا يرتبط الضامن بأى صورة بالعقد الأصلي أول المقلولة وشروطها - بالرغم من الاشارة اليها في ورقة الضمان - وواجب الضامن هو دفع قيمة الضمان المذكورة في سنده للمستفيد بمجرد تقديمه للمصرف كتابة وتقديم المستندات المنصوص عنها في سند الضمان والتي تكون في ظاهرها موافقة لما هو واره في نص ورقة الضمان وكلمة الضمان المقابل تعنى أى ضمان أو التزام بالدفع من الأمر بأى تسميه يصدر كتاباً بدفع مبلغ من النقود للضامن - فى الضمان المقابل يكون قد دفعه بناء عن طلب كتابي مرفقاً به المستندات المنصوص عنها في خطاب الضمان المقابل والتي يبدوا من ظاهرها أنها هي ذاتها المطلوبه في سند هذا الضمان - والضمان المقابل بطبيعته منفصل عن الضمان الأصلي الذي صدرت تأسيساً عليه أو أى عقد أو مقلولة أو شروطها - ولا يرتبط للأمر بإصدار الضمان المقابل بأى التزام فى هذا الخصوص حتى مع الإشارة فى نصه اليها وتعبير (كتابة) يشمل أيضاً البرقيات والنلكس والاعطار الالكترونى.

النص باللغة الاجليزية عن I.C.C.

B. DEFINITIONS AND GENERAL PROVISIONS

Article 2

- a) For the pupose of these Rules, a demand guarantee (hereinafter referred to as "Guarantee") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described, by a bank, insurance company or

other body or person (hereinafter called "the Guarantor") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other document(s) (for example, a certificate by an architect or engineer, a judgment or an arbitral award) as may be specified in the Guarantee, such undertaking being given.

- I) at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereinafter called "the Principal"); or.
- II) at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter "the Instructing Party") acting on the instructions of a Principal to another party (hereinafter the "Beneficiary").
- b) Guarantees by their nature are separate transactions from the contract (s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract (s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee.
- c) For the purpose of these Rules, "Counter Guarantee" means any guarantee, bond or other payment undertaking of the Instructing Party, however named or described, given in writing for the payment of money to the Guarantor on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and other documents specified in the Counter-Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Counter-Guarantee. Counter-Guarantees are by

their nature separate transactions from the Guarantees to which they relate and from any underlying contract (s) or tender conditions, and Instructing Parties are in no way concerned with or bound by such Guarantees, contrac (s) or tender condition, s despite the inclusion of a reference to them in the Counter-Guarantee.

- d) The expression "writing" and "written" shall include an authenticated tel-transmission or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto.

فصل المادة الثالثة

جميع التعليمات لإصدار الضمانات ومتما وكذلك النص فيها على المد يجب أن تكون واضحة ومحددة ولا تتضمن تفاصيل زائدة عما يجب - ويلزم وأن يذكر فيها المتعاقد الأصلي - والمستفيد والضامن أحد أعلا لقيمة الضمان ونوع العمله اللازم الدقع بها وتاريخ انتهاء الضمان وشروط المطالبه به - وشروط تخفيض قيمته - وذكر العمله أو الصفقه التي صدر الضمان بمناسبتها.

هذا نص المادة الثالثة كما أوردتها I.C.C.

Article 3

All instructions for the issue of Guarantees and amendments thereto and Guarantees and amendments themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. Accordingly, all Guarantees should stipulate:

- a) the Principal
- b) the Beneficiary;
- c) the Guarantor;

- d) the underlying transaction requiring the issue of the Guarantee;
- e) the maximum amount payable and the currency in which it is payable.
- f) the Expiry Date and or Expiry Event of the Guarantee;
- g) the terms for demanding payment.
- h) any provision For reduction of the guarantee amount.

فصل المادة الرابعة

حق المستفيد في المطالبة بالضمان غير مقبول إلا إذا كان منصوص عليه في سند الضمان أو في تعديله - وهذا لا يؤثر في حق المستفيد في أن يتخذ الإجراءات التي تعطيه حق المطالبة من عدمه.

هذا نص المادة الرابعة كما أوردتها I.C.C.

Article 4

The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto.

This Article shall not, however, affect the Beneficiary's right to assign any proceeds to which he may be, or may become, entitled under the Guarantee.

فصل المادة الخامسة

جميع الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للإلغاء إلا إذا نص فيها على ذلك.

Article 5

All Guarantees and Counter-Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated.

تحصيل المادة السادسة

يسرى الضمان من تاريخ صدوره الا إذا نص في ورقة الضمان على أن تاريخ سريانه يرد الى تاريخ لاحق أو أنه معلق على شرط مذكور في خطاب الضمان وموافق عليه من الضامن على اساس من مستندات مذكورة في سند الضمان.

هذا نص المادة السادسة صياغة I.C.C.

Article 6

A Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified.

تحصيل المادة السابعة

حينما تصدر التعليمات للضامن باصدار الضمان - ولم يكن في استطاعة الضامن لأسباب قانونية أو تعليمات في بلد الاصدار - إصدار الضمان وفقاً لشروطه - يجب على الضامن أن يخطر الأمر فوراً بوسائل الاتصالات اللاسلكية أو أى وسيلة أخرى بسبب عدم استطاعته و ينتظر منه تعليمات أخرى - ولا يمكن إلزام الضامن باصدار الضمان في هذه الحالة اذ لم يرغب في ذلك.

هذا نص المادة السابعة صياغة I.C.C.

Article 7

a) Where a Guarantor has been given instructions for the issue of a Guarantee but the instructions are such that, if they were to be carried out, the Guarantor would by reason of law or regulation in the country of issue be unable to fulfil the terms of the Guarantee, the instructions shall not

be executed and the Guarantor shall immediately inform the party who gave the Guarantor his instructions by telecommunication, or, if that is - not possible, by other expeditious means, of the reasons for such inability and request appropriate instructions from that party.

- b) Nothing in this Article shall oblige the Guarantor to issue a Guarantee where the Guarantor has not agreed to do so.

فصل المادة الثامنة

يجرى تخفيض قيمة الضمان للحد المتفق علي - أو بقيمة معينة في يوم أو أيام محدد - أو تأسيساً على تقديم مستندات محددة في صك الضمان لهذا الهدف للضامن.

هذا نص المادة الثامنة صياغة I.C.C.

Article 8

A Guarantee may contain express provision for reduction by a specified or determinable amount or amounts on a specified date or dates or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for this purpose in the Guarantee.

فصل المادة التاسعة

جميع المستندات المحددة في خطاب الضمان - وكذلك المطالبه - يلزم أن يدرسها الضامن- بعناية معقوله - ليتأكد من ظاهرها ما إذا كانت تبدو أنها هي ذاتها المذكورة في سند الضمان فإذا لم يتأكد للضامن ذلك أولاً حظ أنها متناقضة فعلية أن يرفضها.

هذا نص المادة التاسعة صياغة I.C.C.

Article 9

All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

تحصيل المادة العاشرة

يمنح الضامن الوقت الكافي لدراسة المطالبة بالضمان غير المشروط ليقرر ما إذا كان سوف يصرفه أو يرفض الصرف فإذا ما قرر الضامن رفض صرف خطاب الضمان - يلزم أن يخطر المستفيد فوراً بذلك بالاتصال اللاسلكي أو بأي وسيلة عاجله أخرى - وأي مستندات تكون قد قدمت مع المطالبة يلزم حفظها للمستفيد.

هذا نص المادة العاشرة صياغة I.C.C.

Article 10

- a) A Guarantor shall have a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.
- b) If the Guarantor decides to refuse a demand, he shall immediately give notice thereof to of the Beneficiary by teletransmission, or, if that is not possible, by other expeditious means. Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary.

تحصيل المادة الحادية عشرة

لا يتحمل الضامن والمكلف بالضمان أى التزام أو مسئولية عن أى مستند قدم له سواء بالنسبة لما تضمنه من أقوال أو كان بلا فاعلية أو مزوراً أو بالنسبة لمضمونه وكذلك للمشروعية القانونية لأى مستند قدم له على العموم أو بالنسبة للإقرار المقدم ولا بالنسبة لحسن النية أو التصرف لأى شخص كان.

هذا نص المادة الحادية عشرة صياغة I.C.C.

Article 11

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification, or legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or a acts or omissions of any person whomsoever.

تحصيل المادة الثانية عشرة

الضامن والمكلفون بالضمان لا يتحملون أى التزام أو مسئولية عن ظروف التى ترجع الى تأخير أو فقد أى مراسلات - خطابات - أو مطالبات - أو مستندات أو أى أخطاء أخرى ناجمة عن وسائل النقل أو الاتصال - وكذلك بالنسبة للخطأ فى تحصيل الشروط وإستيعابها ويحتفظون بالحق فى ابلاغ شروط الضمان أو أى جزء منه دون ترجمته.

نص المادة الثانية عشرة صياغة I.C.C.

Article 12

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters, demands or documents or for delay, mutilation or other errors arising in the transmission of any telecommunication. Guarantors and Instructing

Parties assume no liability for errors in translation or interpretation of technical terms and reserve the right to transmit Guarantee texts or any parts thereof without translating them.

فصل المادة الثالثة عشرة

الضمان والمكلفون بالضمان لا يتحملون أى التزام أو المسؤولية المترتبة عن القوة القاهرة - أو العصيان المدني أو أحداث الشغب أو الثورات أو الحروب أو لى أسباب أخرى خارجة عن ارادتهم أو الاضرابات التى ترتب عليها توقف العمل من أى طبيعة كانت.

نص المادة الثالثة عشرة صياغة I.C.C.

Article 13

Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility for consequences arising out of the interruption of their business by acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars or any other causes beyond their control or by strikes, lock-outs or industrial actions of whatever nature.

فصل المادة الرابعة عشرة

الضمان والمكلفون بالضمان يقومون بخدمة لطرف ثالث لحساب الأمر وتحت مسؤوليته عن أى مخاطره - وهما لا يتحملان أى التزام أو مسؤولية إذ لم يستطيعا تنفيذ تعليمات الأمر حتى لو ظاهروا طلب المستفيد - ويكون التعاقد الأصلي مسئولاً عن تمويض الضامن أو المكلف بالضمان لو كانت هناك أى مخالف للالتزامات والمسؤوليات المقررة بقوانين أو عرف اجنبى.

نص المادة الرابعة عشرة صياغة I.C.C.

Article 14

a) Guarantor and Instructing Parties utilising the services of another party

for the purpose of giving effect to the instructions of a Principal do so for the account and at the risk of that Principal.

- b) Guarantor and Instructing Parties assume no liability or responsibility should the instructions they transmit not be carried out even if they have themselves taken the initiative in the choice of such other party.
- c) The Principal shall be liable to indemnify the Guarantor or the Instructing Party, as the case may be, against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages.

فصل المادة الخامسة عشرة

الضمان والمكلفون بالضمان لا يُعْفَيهِمْ من التزاماتهم أو مسئوليتهم وفقاً لنص المادتين ١١، ١٢، ١٤ من هذه القواعد إذا لم يكونوا حسن النية أو لم يبذلوا العناية الواجبة.

هذا نص المادة الخامسة عشرة صياغة I.C.C.

Article 14

Guarantor and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility under the terms of Articles 11, 12, and 14 above for their failure to act in good faith and with reasonable care.

فصل المادة السادسة عشرة

الضامن ملتزم في مواجهة المستفيد وحده طبقاً للشروط الواردة بخطاب الضمان أو أي تعديل لها أو طبقاً لهذه الشروط وذلك في حدود لا تتجاوز المبلغ المنصوص عنه في خطاب الضمان أو تعديله.

هذا نص المادة السادسة عشرة صياغة I.C.C.

Article 16

A Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment (s) thereto and in these Rules, and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment (s) thereto.

فصل المادة السابعة عشرة

في حالة المطالبة بالضمان دون تعارض فيما نصت عليه المادة ١٠، يجب على الضامن ودون تأخير إخطار المتعاقد الأصلي أو المكلف بالضمان الذي يكون عليه إخطار المتعاقد الأصلي.

هذا نص المادة السابعة عشرة صياغة I.C.C.

D. DEMANDS

Article 17

Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without delay so inform the Principal or, where applicable, his Instructing Party, and in that case the Instructing Party shall so inform the Principal.

فصل المادة الثامنة عشرة

يخفّض أي مبلغ يدفع على أساس الضمان بقيمة ما سبق أن دفعه الضامن لأي مبالغ من قيمة الضمان طالما أن قيمة كامل الضمان قد تم دفعها كاملة أو بعد التخفيض - وبذلك ينتهي الضمان سواء رَدَّ المستفيد سنده أو لم يردّه.

Article 18

The amount payable under a Guarantee shall be reduced by the amount of any payment made by the Guarantor in satisfaction of a demand in respect thereof and, where the maximum amount payable under a Guarantee has been satisfied by payment and/or reduction, the Guarantee shall thereupon terminate whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

تحصيل المادة التاسعة عشرة

والمطالبة يجب أن تتم خلال أجل الضمان وطبقاً لشروطه وذلك معناه عند تاريخ إنتهاء الضمان أو قبل ذلك أو تحقق الواقعة النتهية للضمان كما هو وارد بنص المادة ٢٢ وأى مستندات نص عليه في سند الضمان لازمه للمطالبة وأى اقرار مطلوب طبقاً للمادة ٢٠ يلزم تقديمه للضامن قبل موعد الانتهاء في مكان الاصدار والا رفضت المطالبة من الضامن.

Article 19

A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose of the demand, and any statement required by Article 20, shall be presented to the Guarantor before its expiry at its place of issue; otherwise the demand shall be refused by the Guarantor.

تحصيل المادة العشرين

أى مطالبه بالدفع بخطاب الضمان يجب أن تكون كتابية ومتفقة مع أى مستندات

مذكورة فيه - يظاهرها اقرار من المستفيد مكتوب إما في نص ورقة المطالبة أو في ورقة منفصلة مرفقة بالمطالبة وتشير إليه فيها - يذكر فيها أن المتعاقد الأصلي أخل بالتزاماته في العقد، وأن المقول خالف شروط المقاوله، وطبيعة الخالفه؛ وأى مطالبه بخطاب الضمان المقابل يلزم ان يظاهره إقرار كتابى بأن المطالبه أُلْمَسَ لَهُ لِلضمان هى طبقاً لشروط الضمان ولما ذُكِرَ فى هذه المادة؛ ويعمل بالفقرة A إلا إذا استبعدتها نص ورقة الضمان وكذلك الفقرة الثانية ليس فى هذه المادة ما يؤثر على أعمال مقتضى المواد 11 و 2 C و 2B.

هذا نص المادة العشرين صياغة I.C.C.

Article 20

- a) Any demand for payment under the Guarantee shall be in writing and shall (in addition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statement (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating :
- (i) that the Principal is in breach of his obligations (s) under the underlying contract (s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and.
- (ii) the respect in which the Principal is in breach.
- b) Any demand under the Counter-Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.
- c) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Counter-Guarantee.
- d) Nothing in this Article affects the application of Articles 2 (b) and 2 (c), 9 and 11.

تحصيل المادة الواحدة والعشرين

يجب على الضامن تحويل مطالبة المستفيد دون تأخير وجميع المستندات المرفقة بها الى المتعاقد الأصلي أو للمكلف بالضمان ليحيلها الى المتعاقد الأصلي.

هذا نص المادة الواحدة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 21

The Guarantor shall without delay transmit the Beneficiary's demand and any related documents to the Principal or, where applicable, to the Instructing Party for transmission to the Principal.

تحصيل المادة الثانية والعشرين

إنهاء أجل الضمان المنصوص عنه فيه والذي يلزم تقديم المطالبة في خلاله يجب ان يكون محدداً باليوم والشهر والساعة - ويُرَدُّ تاريخ انتهاء الضمان طبقاً لنصه للأجل المحدد لتقديم المستندات المنصوص عليها فيه أو لتحقيق واقعة معينة - فإذا نص في سند الضمان على أجل انتهائه وكذلك على قيام الواقعة المنهية له - في هذه الحالة - ينتهي أجل الضمان لأقرب الأجلين سواء ردت ورقة الضمان وسنده أو ورقة مده أو لم ترد.

هذا نص المادة الثانية والعشرين صياغة I.C.C.

Article 22

Expiry of the time specified in a Guarantee for the presentation of demands shall be upon a specified calendar date ("Expiry Date") or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for the purpose of expiry ("Expiry Event"). If both an Expiry Date and an Expiry Event are specified in a Guarantee, the Guarantee shall expire on whichever of the Expiry Date or Expiry Event occurs first, whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

فصل المادة الثالثة والعشرين

يُصرَّفُ النظر عن أي نص في سند الضمان عن تاريخ إنتهائه يلغى الضمان بتسليم سنده للضامن - أو إذ قرر المستفيد كتابةً بإعفاء الضامن من مسؤوليته عن الضمان - وذلك سواء رد أو لم يرد سند الضمان.

هذا نص المادة الثالثة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 23

Irrespective of any expiry provision contained therein, a Guarantee shall be cancelled on presentation to the Guarantor of the Guarantee itself or the Beneficiary's written statement of release from liability under the Guarantee, whether or not, in the latter case, the Guarantee or any amendments thereto are returned.

فصل المادة الرابعة والعشرين

إذا إنتهى الضمان بالدفع، أو بإنتهاء أجله، أو بالغائه، أو لأي سبب آخر، فإن إعادة سند الضمان وأي تعديل له أو عدم إعادته لا يعطى للمستفيد أي حق من أي نوع تأسيساً على الضمان.

هذا نص المادة الرابعة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 24

Where a Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, retention of the Guarantee or of any amendments thereto shall not preserve any rights of the Beneficiary under the Guarantee.

تخصيل المادة الخامسة والعشرين

يجب على الضامن - دون تأخير إخطار المتعاقد الأصلي بمجرد علمه بإنهاء الضمان سواء كان ذلك بدفع قيمته؛ أو إنتهاء أجله أو الفائه أو لأى سبب آخر - وكذلك إذا كان هناك تخفيض لقيمه - وفى حالة الضمان المقابل يخطر الضامن فيه ويكون عليه إخطار المتعاقد الأصلي.

هذا نص المادة الخامسة والعشرين صياغة I.C.C.

Article 25

Where to the knowledge of the Guarantor the Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, or there has been a reduction of the total amount payable thereunder, the Guarantor shall without delay so notify the Principal or, where applicable, the Instructing Party and, in that case, the Instructing Party shall so notify the Principal.

تخصيل المادة السادسة والعشرين

إذا طلب المستفيد " الدفع أو المد " طبقاً لشروط ونصوص خطاب الضمان أو وفقاً لهذه القواعد - فعلى الضامن إخطار الأمر فوراً ومع إعطاء المهلة المعقولة للأمر والمستفيد للاتفاق على ذلك ودياً وكذلك حتى يتمكن الأمر من اتخاذ ما يلزم لمد أجل الضمان - وإذا لم يتم المد - يكون الضامن مضطراً للدفع للمستفيد - دون انتظار أى تعليمات من الأمر - ولا يتحمل الضامن أى مسئولية عن الفوائد وخلاف ذلك إذا ما تأخر الدفع للمستفيد بسبب هذه الاجراءات؛ وإذا وافق الأمر على المد؛ فلا يسرى حتى يوافق عليه الضامن الأصلي؛ والضامن فى الضمان المقابل.

Article 26

It the Beneficiary requests an extension of the validity of the Guarantee as an alternative to a demand for payment submitted in accordance with the terms and conditions of the Guarantee and these Rules, the Guarantor shall without delay so inform the party who gave the Guarantor his instructions. The Guarantor shall then suspend payment of the demand for such time as is reasonable to permit the Principal and the Beneficiary to reach agreement on the granting of such extension and for the Principal to arrange for such extension to be issued.

Unless an extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, the Guarantor is obliged to pay the Beneficiary's conforming demand without requiring any further action on the Beneficiary's part. The Guarantor shall incur no liability (for interest or otherwise) should any payment to the Beneficiary be delayed as a result of the above- mentioned procedure

Even if the Principal agrees to or requests such extension, it shall not be granted unless the Guarantor and the Instructing Party or Parties also agree thereto.

فصل المادة السابعة والعشرين

يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد نشاط الضامن أو المكلف بالضمان في الضمان المقابل حسب الاحوال - وإذا كان لهما أكثر من مقر للنشاط يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي صدر منه خطاب الضمان في الحالتين ذلك إذ لم ينص في سند الضمان على القانون الواجب التطبيق.

Article 27

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter-Guarantee, its governing law shall be that of the place of business of the Guarantor or Instructing Party (as the case may be), or, if the Guarantor or Instructing Party has more than one place of business, that of the branch that issued the Guarantee or Counter-Guarantee.

فصل المادة الثامنة والعشرين

أى خلاف ينشأ بين الضامن والمستفيد خاص بخطاب الضمان وكذلك خلاف الضامن الأصلي مع البنك المصدر للضمان فى خطاب الضمان المقابل يكون الاختصاص فيه معقود محكمة الضامن أو محكمة البنك المصدر للضمان المقابل حسب الاحوال - وهى محكمة مركز نشاط أحدهما - فإذا كان لهما أكثر من مركز نشاط انعقد الاختصاص لمحكمة الفرع الذى أصدر خطاب الضمان أو الضمان المقابل حسب الاحوال - ذلك إذا لم ينص فى سند الضمان على المحكمة المختصة.

Article 28

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter-Guarantee, any dispute between the Guarantor and the Beneficiary relating to the Guarantee or between the Instructing Party and the Guarantor relating to the Counter-Guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the place of business of the Guarantor or Instructing Party (as the case may be), or, if the Guarantor or Instructing Party has more than one place of business, by the competent court of the country of the branch which issued the Guarantee or Counter-Guarantee.

توضيح :

حصلنا قواعد URDG - بالعربية ونقلنا النص باللغة الانجليزية طبقاً لصياغة I.C.C. - وقد أثرتنا عدم ترجمة النصوص سواء بالنسبة لقواعد URDG لسنة ١٩٩٢ أو بالنسبة لقواعد URCG لسنة ١٩٧٨. ذلك لأن الكلمات والتعابير لها معانيها المتخصصة في كل علم أو فن - ولها أيضاً معانيها اللغوية - وقد تفهم الكلمة الواحده وتدل على أكثر من معنى بفرق طفيف - وفي ترجمة نصوص القانون يجب أن نختار الكلمة المتخصصة التي تؤدي المعنى الذي قصده المشرع - وقد نختار في الترجمة كلمة أو جملة باللغة العربية ليست هي بذاتها المقصود معناها باللغة التي نقلنا عنها من المشرع - لذلك كان يجب على I.C.C. أن تصدر نصاً باللغة العربية، المعتمد لديها وعند الأمم المتحدة أيضاً ولكنها لم تفعل؛ لذلك أثرتنا تحصيل معنى المواد دون ترجمتها.

وتوضيحاً لذلك نضرب بعض الأمثلة في موضوعنا.

١ - كلمة Terminology Guarantee - هي بذاتها في معناها تساوى كلمة Independant Guarantee . ومع هذا فليس ذلك، كذلك لغوياً وفي الاستعمال في لغة القانون لأن تعبير Independant Guarantee يعطي المعنى المضاد لتعبير Accessory Guarantee أو تعبير Conditional Guarantee والكلمة الأولى لا تغطي هذه المعاني.

٢ - وتعبير Independent Guarantee يستعمل أيضاً بمعنى First Demand Guarantee - ولكن التعبير الأول وحده دون الثاني هو الذي ينطوي في معناه على أساليب وإجراءات دفع قيمة خطاب الضمان عند المطالبة - ولا يفهم ذلك أيضاً من تعبير Demand Guarantee المقابل Condition Guarantee .

٣ - وقد جرى التعامل في البنوك على أن وضع كلمة «Guarantee» بين قوسين فإنها تعطى معنيين، فإما أن يكون المقصود بها الضمان الاحتياطي Accessor Guarantee أو يكون

المقصود بها الضمان القائم بذاته المستقل Independent Guarantee وهما ضدان - وهذا مُحير !!.

٤ - وكثيراً ما تستعمل كلمة Guarantee للتعبير عن الضمان الثانى الذى يرجع الدائن فيه على الضامن بعد الرجوع على المدين الأسمى أو مع الرجوع على المدين الأسمى فى حالة التضامنى والتضام - والتعبير عن ذلك يلزم أن يكون بكلمة Suretyship Guarantee .

٥ - وكلمتى Independent & Irrevocable تحوى الأولى معنى الثانية - كذلك بالنسبة لكلمتى Unconditional & Abstract ففى احدهما معنى الأخرى وإن إختلفا.

٦ - أما كلمة Bond - فهى وحدها مشكلة يعبر عنها عن الالتزام بضمان التمويل Per For-Bond أو فى ضمانات العطاءات Bid Bond أو فى ضمانات المقاولات Tender Bond وكلمة Bond أو كلمة Bid تستعمل بدلاً من كلمة Guarantee .

وهكذا نرى مدى الحيرة والشك وعدم اليقين حينما نهدف الى تحديد معانى هذه الكلمات والمقصود منها وبها تماماً عند ترجمة نص قانونى؛ يجب أن يعكس مقصد المشرع وهذه مسئولية من شرع URDG وكذلك URCG . فإذا أضفنا الى ذلك الاختلاف فى الفهم والتعبير من بلد لآخر؛ فإن هذا يعطينا كامل الحق فى تحصيل معانى المواد وليس ترجمتها خاصة بالنسبة للقواعد الدوائية والقوانين - ولكن يجب الا نغفل أبداً أن هذه المواد تكتب فى المعاملات الدولية باللغة الأجنبية لذلك لزم الإبقاء على نصها بلغاتها - وهذه المشكلة لا تقوم ولا مكان لها أبداً فى ترجمة الكتب أو المجلات أو النشرات ذلك أنه يمكن ترجمة الكلمة بجملة أو أكثر لتحديد المعنى المقصود منها وإثبات الكلمة ومترادفاتها . وقد عبرنا فى هذا الكتاب بعبارات خطاب الضمان المشروط أو غير المشروط أو المستحق عند الاطلاع أو المستحق عند الطلب أو النظيف أو المستقل أو غير الملحق على شرط . لتحديد المعنى الذى نريده.

الملاحح الأساسية لقواعد URDG

الصادرة فى أبريل سنة ١٩٩٢

عن I.C.C.

هذه القواعد اختيارية التطبيق - وليس هناك أى التزام بأعمال مقتضاها، يستوى فى ذلك قواعد URDG لسنة ٩٢ أو قواعد URDG لسنة ٧٨ - ولأطراف خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدولية كامل الحرية فى اختيار تطبيقها من عدمه والنص على ذلك فى ورقة الضمان ولهم أن يأخذوا ببعض النصوص فقط فهى ذات طبيعة تعاقدية أى يلزم الاتفاق عليها كلياً أو جزئياً. كما يمكن للأطراف أيضاً أن ينصوا فى سند الضمان على شروط صرفه أو النص على أنه غير مشروط - وكذلك النص فى الحالة الأولى على المستندات الواجب تقديمها والجهة الواجب أن تصدر عنها هذه المستندات اللازم أرفاقها بطلبه الصرف.

وقد ينص على القانون الواجب التطبيق فى سند الضمان وكذلك على المحكمه المختصة أو هيئة التحكيم المعينه منهم أو محاكم التحكيم للمؤسسات الدولية أو هيئة الأمم المتحدة.

ولكن خطاب الضمان سوف يتأثر بقواعد URDG لأن هذه القواعد إنما تقن العرف الدولى والبنكى والسارى عليه العمل فى خطابات الضمان البنكية مشروطه كانت أو غير مشروطه. ويمرور الزمن سوف تسهم هذه القواعد فى استقرار هذا العرف - ويتأثر أى خطاب ضمان بنكى فى التجارة الدولية بها.

والقول بأن خطاب الضمان البنكى مستقل بذاته يقصد منه أنه مستقلا عن العلاقات المحيطه به وهذا يعنى أن الالتزام بالرفع عند المطالبه بقيمة الضمان لا تخضع الا لما ذكر فى سنده وهذا ما نصت عليه قواعد URDG أيضاً.

والبنوك عند مراجعة المستندات اللازم تقديمها عند الصرف انما تراجعها من ناحية الشكل فقط للتأكد من أنها صادرة من الجهة المناط بها اصدارها طبقاً لنص خطاب الضمان -

وليس من شأن البنوك التدخل في العلاقة التجارية بين الأمر والمستفيد ومعرفة حقيقة ما تم بينهما - هذا العرف البنكي نصت عليه قواعد URDG في المادة ٢/ب والمادة ٨-٩-١٠-٢٢ سواء بالنسبة لقيمة الضمان - أو دراسة طلب الصرف ومستندات أو بالنسبة لأجل الضمان.

وإذا ما نص في - سند خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع أو بمجرد الطلب أو التنظيف - إذا ما نص فيه - على أنه خاضع لقواعد URDG - فهل يلتزم البنك عند طلب الصرف الرجوع لهذه القواعد قبل الصرف ؟ إنه إن فعل .. فهو يخالف نص سند الضمان وطبيعته.

ولا تعارض بين استقلالية خطاب الضمان والشروط الواردة في سنده والمستندات المنصوص عليه في هذا السند عند طلب الصرف لأن البنك يأخذ بظاهر الأوراق ومطابقتها بما ذكر في سند الضمان. ويجب يفهم نص المادة ٢/ب وكذلك المادة ٩ من قواعد URDG على هذا الأساس.

وخطاب الضمان غير المشروط أو المستحق بمجرد الاطلاع قد ينص فيه على أن يقدم المستفيد عند طلب الصرف إقراراً بأن الأمر خالف أو أخطأ في تنفيذ العقد الأصلي - وليس على البنك الا طلب هذا الاقرار دون دراسته موضوعياً لما ورد به.

وقواعد URDG لم توضع لتعالج جميع المشاكل الناجمة عن خطاب الضمان كذلك تركت عمداً المواضيع الشائكة أو الخلافية - فلم تتورط في وضع مواد تغطي العلاقة بين المتعاقد الأصلي والبنك، فهذه العلاقة أولاً خارجة عن خطاب الضمان المستقل بذاته وثانياً لأن هذه العلاقة تخضع لعقد الخدمة المصرفية بين البنك والأمر.

وموضوع الغش في الصرف أو الصرف غير المشروع لم تذكره أيضاً قواعد URDG لأنه خارج عن خطاب الضمان ويرجع لعقد الأمر والمستفيد.

وهذه القواعد قاصره على خطاب الضمان البنكي في تجاره الدوايه في القيام الأول - ولكن - ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها في النشاط المحلي إذا سمحت القوانين الوطنية بذلك.

وليس هناك أى ضرورة لتغيير عنوان قواعد URDG بمقوله أنها عالجت في نص المادة ٢

فقرة أ موضوع خطابات الضمان المشروطة - لأن أى خطاب ضمان فى الواقع هو مشروط حتى وإن كان شرطه هو تقديم طلب بصرفه وإعطاء سنده بعد الصرف أو تقديم اقرار معين طبقاً لنصه - فإذا كان الشرط هو تقديم حكم أو قرار تحكيم طبقاً لنصه فلا يغير ذلك فى طبيعة خطاب الضمان البنكى - وأكثر ما يمكن أن يقال أن قواعد URDG عالجت فى هذه المادة حالة صرف خطاب ضمان شروطه.

ونرى أن هذه القواعد هى خطوه واسعه لتأكيد دور خطاب الضمان البنكى فى التجاره الدوليه واستقرار العرف الدولى والبنكى فى مفهوم خطاب الضمان وكذلك تأكيد عرف القضاء الدولى فى هذا الخصوص وهى أى قواعد URDG وإن لم تتعرض للتكييف القانونى أو لتعريف خطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه الا أنها أرستها وأخذت بها طبقاً لما أوردها فى تعريفنا لخطاب الضمان البنكى فى التجارة الدوليه.

Uniform Rules For Contret Bonds'

U.R.C.B

- ويخرج عن هذه الدراسة القواعد التى أصدرتها I.C.C. تحت رقم ٢٤هـ فى ابريل سنة ١٩٩٣ وصدرت سنة ١٩٩٤.

لأنها تعالج الضمان الثانى كما تقرر المادتين ٤.٣ - وتأسس على خطأ الأمر الذى يملك الدفوع والدفاع الناتجة عن العقد الأصيل ضد المستفيد - وكذلك الضامن له هذه الحق - وفيها يلزم إثبات خطأ الأمر حتى يصرف المستفيد (المادة ٧) التى لم توضح ومتى وفى أى الظروف يلتزم الضامن بالدفء - وهذه القواعد تختلف تماماً فى طبيعتها عن مفهوم خطاب الضمان الدولى وكذلك فهى خارجة عن دراستنا.

رابعاً : اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص الضمانات غير المشروطة - وخطاب
الاعتماد المستندي بالضمان ١٩٩٥/١٢/١١ نيويورك

Uncitral United Nations Convention on Independant Guarantees and Stand-By Letter of Credit

وهذه ليست قواعد موحده لخطاب الضمان البنكي وانما هي اتفاقية نواية مفتوحة للدول
لمن يرغب التوقيع عليها والالتزام بنصوصها - وهي غير سارية المفعول إلا على من يوقعها -
ومازال متاح الانضمام اليها حتى ٩٧/١٢/١١ وهي لم توضع بعد موضع التطبيق طبقاً
لنصوصها طبقاً لما ورد في المواد ٢٣ وما بعدها .

وثانياً أنه من المفيد أن تنقل نصها في هذا الكتاب للاحاطة ليس إلا - وبلغتها الاهلية
الانجليزية.

نصوص الاتفاقية

UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES AND STAND-BY LETTERS OF CREDIT,

New York, 11 December 1995

CHAPTER 1. SCOPE OF APPLICATION

Article 1

Scope of application

- 1 - This Convention applies to an international undertaking referred to in article 2 :

Uncitral convention on independent guarantees.

- (a) If the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued is in a Contracting State, or.
 - (b) If the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State, unless the undertaking excludes the application of the Convention.
- 2 - This Convention applies also to an international letter of credit not falling within article 2 if it expressly states that it is subject to this Convention.
 - 3 - The provisions of articles 21 and 22 apply to international undertakings referred to in article 2 independently of paragraph (1) of this article.

Article 2

Undertaking

- 1 - For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by letter of credit, given by a bank or other institution or person ("guarantor/issuer") to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebted-

Uncitral convention on independent guarantees.

ness undertaken by the principal/applicant or another person.

2 - The undertaking may be given :

- (a) At the request or on the instruction of the customer ("principal/applicant") of the guarantor/issuer;
- (b) on the instruction of another bank, institution or person ("instructing party") that acts at the request of the customer ("principal/applicant") of that instructing party; or
- (c) On behalf of the guarantor/issuer itself.

3 - Payment may be stipulated in the undertaking to be made in any form, including :

- (a) Payment in a specified currency or unit of account;
- (b) Acceptance of a bill of exchange (draft);
- (c) Payment on a deferred basis;
- (d) Supply of a specified item of value.

4 - The undertaking may stipulate that the guarantor/issuer itself is the beneficiary when acting in favour of another person.

Article 3

Independence of undertaking

For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to beneficiary is not :

- (a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction,

Uncitral convention on independent guarantees.

or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate);

or

- (b) Subject to any term condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/issuer's sphere of operations.

Article 4

Internationality of undertaking

- 1 - An undertaking is international if the places of business, as specified in the undertaking, of any two of the following persons are in different States: guarantor/issuer, beneficiary, principal/applicant, instructing party, confirmer.
- 2 - For the purposes of the preceding paragraph :
 - (a) If the undertaking lists more than one place of business for a given person, the relevant place of business is that which has the closest relationship to the undertaking;
 - (b) If the undertaking does not specify a place of business for a given person but specifies its habitual residence, that residence is relevant for determining the international character of the undertaking.

CHAPTER II. INTERPRETATION

Article 5

Principles of interpretation

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in the international practice of independent guarantees and stand-by letters of credit.

Article 6

Definitions

For the purposes of this Convention and unless otherwise indicated in a provision of this Convention or required by the context :

- (a) "Undertaking" includes "counter-guarantee" and confirmation of an undertaking;
- (b) "Guarantor/issuer" includes "counter-guarantor" and confirmer;
- (c) "Counter-guarantee" means an undertaking given to the guarantor/issuer of another undertaking by its instructing party and providing for payment upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertakin, indicating, or from which it is to be inferred, that payment under that other undertaking has been demanded from, or made by, the person issuing that other undertaking.;

Uncitral convention on independent guarantees.

- (d) "Counter-guarantor" means the person issuing a counter-guarantee;
- (e) "Confirmation" of an undertaking means an undertaking added to that of the guarantor/issuer, and authorized by the guarantor/issuer, providing the beneficiary with the option of demanding payment from the confirmer instead of from the guarantor/issuer, upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the confirmed undertaking, without prejudice to the beneficiary's right to demand payment from the guarantor/issuer;
- (f) "Confirmer" means the person adding a confirmation to an undertaking;
- (g) "Document" means a communication made in a form that provides a complete record thereof.

CHAPTER III. FORM AND CONTENT OF UNDERTAKING

Article 7

Issuance, form and irrevocability of undertaking

- 1 - Issuance of an undertaking occurs when and where the undertaking leaves the sphere of control of the guarantor/issuer concerned.
- 2 - An undertaking may be issued in any form which preserves a complete record of the text of the undertaking and provides authentication of its source by generally accepted means or by a procedure agreed upon by

Uncitral convention on independent guarantees.

the guarantor/issuer and the beneficiary.

- 3 - From the time of issuance of an undertaking, a demand for payment may be made in accordance with the terms and conditions of the undertaking, unless the undertaking stipulates a different time.
- 4 - An undertaking is irrevocable upon issuance, unless it stipulates that is revocable.

Article 8

Amendment

- 1 - An undertaking may not be amended except in the form stipulated in the undertaking or, failing such stipulation, in a form referred to in paragraph (2) of article 7.
- 2 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, an undertaking is amended upon issuance of the amendment if the amendment has previously been authorized by the beneficiary.
- 3 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, where any amendment has not previously been authorized by the beneficiary, the undertaking is amended only when the guarantor/issuer receives a notice of acceptance of the amendment by the beneficiary in a form referred to in paragraph (2) of article 7.
- 4 - An amendment of an undertaking has no effect on the rights and obligations of the principal/applicant (or an instructing party) or of a con-

Uncitral convention on independent guarantees.

firmer of the undertaking unless such person consents to the amendment.

Article 9

Transfer of beneficiary's right to demand payment

- 1 - The beneficiary's right to demand payment may be transferred only if authorized in the undertaking, and only to the extent and in the manner authorized in the undertaking.
- 2 - If an undertaking is designated as transferable without specifying whether or not the consent of the guarantor/issuer or another authorized person is required for the actual transfer, neither the guarantor/issuer nor any other authorized person is obliged to effect the transfer except to the extent and in the manner expressly consented to by it.

Article 10

Assignment of proceeds

- 1 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the beneficiary may assign to another person any proceeds to which it may be, or may become, entitled under the undertaking.
- 2 - If the guarantor/issuer or another person obliged to effect payment has received a notice originating from the beneficiary, in a form referred to in paragraph (2) of article 7, of the beneficiary's irrevocable assign-

Uncitral convention on independent guarantees.

ment, payment to the assignee discharges the obligor, to the extent of its payment, from its liability under the undertaking.

Article 11

Cessation of right to demand payment

- 1 - The right of the beneficiary to demand payment under the undertaking ceases when :
 - (a) The guarantor/issuer has received a statement by the beneficiary of release from liability in a form referred to in paragraph (2) of article 7;
 - (b) the beneficiary and the guarantor/issuer have agreed on the termination of the undertaking in the form stipulated in the undertaking or, failing such stipulation, in a form referred to in paragraph (2) of article 7;
 - (c) The amount available under the undertaking has been paid, unless the undertaking provides for the automatic renewal or for an automatic increase of the amount available or otherwise provides for continuation of the undertaking;
 - (d) The validity period of the undertaking expires in accordance with the provisions of article 12.
- 2 - The undertaking may stipulate, or the guarantor/issuer and the beneficiary may agree elsewhere, that return of the document embodying the undertaking to the guarantor/issuer, or a procedure functionally equivalent to the return of the document in the case of the issuance of the

Uncitral convention on independent guarantees.

undertaking in non-paper form, is required for the cessation of the right to demand payment, either alone or in conjunction with one of the events referred to in subparagraphs (a) and (b) of paragraph (1) of this article. However, in no case shall retention of any such document by the beneficiary after the right to demand payment ceases in accordance with subparagraph (c) or (d) of paragraph (1) of this article preserve any rights of the beneficiary under the undertaking.

Article 12

Expiry

The validity period of the undertaking expires :

- (a) At the expiry date, which may be a specified calendar date or the last day of a fixed period of time stipulated in the undertaking, provided that, if the expiry date is not a business day at the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued, or of another person or at another place stipulated in the undertaking for presentation of the demand for payment, expiry occurs on the first business day which follows;
- (b) If expiry depends according to the undertaking on the occurrence of an act or event not within the guarantor/issuer's sphere of operations, when the guarantor/issuer is advised that the act or event has occurred by presentation of the document specified for that purpose in the undertaking or, if no such document is specified, of a certification by the beneficiary of the occurrence of the act or event;

Uncitral convention on independent guarantees.

- (c) If the undertaking does not state an expiry date, or if the act or event on which expiry is stated to depend has not yet been established by presentation of the required document and an expiry date has not been stated in addition, when six years have elapsed from the date of the undertaking.

CHAPTER IV. RIGHTS, OBLIGATIONS AND DEFENCES

Article 13

Determination of rights and obligations

- 1 - The right of the obligations of the guarantor/issuer and the beneficiary arising from the undertaking are determined by the terms and conditions set forth in the undertaking including any rules, general conditions or usages specifically referred to therein, and by the provisions of this Convention.

Uncitral convention on independent guarantees

- 2 - In interpreting terms and conditions of the undertaking and in settling questions that are not addressed by the terms and conditions of the undertaking or by the provisions of this Convention, regard shall be had to generally accepted international rules and usages of independent guarantee or stand-by letter of credit practice.

Article 14

Standard of conduct and liability of guarantor/issuer

- 1 - In discharging its obligations under the undertaking and this Conven-

Uncitral convention on independent guarantees.

tion, the guarantor/issuer shall act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit.

- 2 - A guarantor/issuer may not be exempted from liability for its failure to act in good faith or for any grossly negligent conduct.

Article 15

Demand

- 1 - Any demand for payment under the undertaking shall be made in a form referred to in paragraph (2) of article 7 and in conformity with the terms and conditions of the undertaking.
- 2 - Unless otherwise stipulated in the undertaking, the demand and any certification or other document required by the undertaking shall be presented, within the time that a demand for payment may be made, to the guarantor/issure at the place where the undertaking was issued.
- 3 - The beneficiary, when demanding payment, is deemed to certify that the demand is not in bad faith and that none of the elements referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 are present.

Article 16

Examination of demand and accompanying documents

- 1 - The guarantor/issuer shall examine the demand and any accompanying

Uncitral convention on independent guarantees.

documents in accordance with the standard of conduct referred to in paragraph (1) of article 14. In determining whether documents are in formal conformity with the terms and conditions of the undertaking, and are consistent with one another, the guarantor/issuer shall have due regard to the applicable international standard of independent guarantee or stand-by letter of credit practice.

- 2 - Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer shall have reasonable time, but not more than seven business days following the day of receipt of the demand and any accompanying documents, in which to :

- (a) Examine the demand and any accompanying documents;
- (b) Decide whether or not to pay;
- (c) If the Decision is not to pay, issue notice thereof to the beneficiary.

The notice referred to in subparagraph (c) above shall, unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, be made by teletransmission or if that is not possible, by other expeditious means and indicate the reason for the decision not to pay.

Article 17

Payment

- 1 - Subject to article 19, the guarantor/issuer shall pay against a demand made in accordance with the provisions of article 15. Following a determination that a demand for payment so conforms, payment shall be

Uncitral convention on independent guarantees.

made promptly, unless the undertaking stipulates payment on a deferred basis, in which case payment shall be made at the stipulated time.

- 2 - Any payment against a demand that is not in accordance with the provisions of article 15 does not prejudice the rights of the principal/applicant.

Article 18

Set-off

Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer may discharge the payment obligation under the undertaking by availing itself of a right of set-off, except with any claim assigned to it by the principal/applicant or the instructing party.

Article 19

Exception to payment obligation

- 1 - If it is manifest and clear that :

- (a) any document is not genuine or has been falsified,
- (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting document; or.
- (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

- 2 - For the purposes of subparagraph (c) of paragraph (1) of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis :
- (a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized;
 - (b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking;
 - (c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary;
 - (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary'
 - (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates.
- 3 - In the circumstances set out in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of this article, the principal/applicant is entitled to provisional court measures in accordance with article 20.

CHAPTER V. PROVISIONAL COURT MEASURES

Article 20

Provisional court measures

- 1 - Where, on an application by the principal/applicant or the instructing

Uncitral convention on independent guarantees.

party, it is shown that there is a high probability that, with regard to a demand made, or expected to be made , by the beneficiary, one of the circumstances referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 is present, the court, on the basis of immediately available strong evidence, may :

- (a) Issue a provisional order to the effect that the beneficiary does not receive payment, including an order that the guarantor/issuer hold the amount of the undertaking, or.
 - (b) Issue a provisional court order to the effect that the proceeds of the undertaking paid to the beneficiary are blocked, taking into account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serious harm.
- 2 - The court, when issuing a provisional order referred to in paragraph (1) of this article, may require the person applying therefor to furnish such form of security as the court deems appropriate.
- 3 - The court may not issue a provisional order of the kind referred to in paragraph. 1 of this article based on any objection to payment other than those referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19, or use of the undertaking for a criminal purpose.

CHAPTER VI. CONFLICT OF LAWS

Article 21

Choice of applicable law

The undertaking is governed by the law the choice of which is :

Uncitral convention on independent guarantees.

- (a) Stipulated in the undertaking or demonstrated by the terms and conditions of the undertaking; or
- (b) Agreed elsewhere by the guarantor/issuer and the beneficiary.

Article 22

Determination of applicable law

Failing a choice of law in accordance with article 21, the undertaking is governed by the law of the State where the guarantor/issuer has that place of business at which the undertaking was issued.

CHAPTER VII. FINAL CLAUSES

Article 23

Depositary

The Secretary-General of the United Nations is the depositary of this Convention.

Article 24

Signature, ratification, acceptance, approval, accession

- 1 - This Convention is open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York, until 11 December 1997.
- 2 - This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

Uncitral convention on independent guarantees.

- 3 - This Convention is open to accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.
- 4 - Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 25

Application to territorial units

- 1 - If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only one more of them, and may at any time substitute another declaration for its earlier declaration.
- 2 - These declarations are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.
- 3 - if, by virtue of a declaration under this article, this Convention does not extend to all territorial units of a State and the place of business of the guarantor/issuer or of the beneficiary is located in a territorial unit to which the Convention does not extend, this place of business is considered not to be in a Contracting State.
- 4 - If a State makes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Uncitral convention on independent guarantees.

Article 26

Effect of declaration

- 1 - Declarations made under article 25 at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.
- 2 - Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and to be formally notified to the depositary.
- 3 - A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary.
- 4 - Any State which makes a declaration under article 25 may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

Article 27

Reservations

reservations may be made to this Convention.

Uncitral convention on independent guarantees.

Article 28

Entry into force

- 1 - This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year from the date of the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.
- 2 - For each State which becomes a Contracting State to this Convention after the date of the deposit of the fifth instrument, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year after the date of the deposit of the appropriate instrument on behalf of that State.
- 3 - This Convention applies only to undertakings issued on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting State referred to in subparagraph (a) or the Contracting State referred to in subparagraph (b) of paragraph (1) of article 1.

Article 29

Denunciation

- 1 - A Contracting State may denounce this Convention at any time by means of a notification in writing addressed to the depositary.
- 2 - The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of one year after the notification is received by the depositary. Where a longer period is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

خامساً: خطاب الاعتماد المستندي بالضمان

Stand By Letter -of Credit U.R.D.G

القواعد الموحدة هي ذاتها قواعد I.C.C.

نحن لا نتردد في اعتبار الاعتماد المستندي بالضمان - هو مجرد تسميه أخرى لخطاب الضمان البنكي في التجارة الدولية.

ونرى أن القواعد الموحدة لسنة ٩٢ U.R.D.G. تشمل أيضاً الاعتماد المستندي بالضمان ؛ لأنه مشرّع ليخدم ذات الهدف ويستخدم في ذات الاستخدامات لخطاب الضمان؛ خاصة وهو يستعمل كوسيلة ضمان؛ وليس كوسيلة وفاء أو دفع شأن الاعتمادات المستندية - وهو بهذه الطبيعة يختلف جذرياً عن خطاب الاعتماد المستندي U.C.P. Documentry Credit فهذا وظيفته الأصلية أنه وسيلة للدفع بالرغم مما قد تتطوى عليه من تأمين هذا الدفع وتأكيد.

وقد نصت القواعد الموحدة الصابره عن I.C.C. والتي أعدت سنة ٨٢ وصدرت سنة ٨٤ تحت عنوان Uniform Customs and Practice For Documententry Credit ويعبر عنها "U.C.P." في المادة الأولى منها على أن خطاب الاعتماد بالضمان تحكمه هذه القواعد .

والواقع أن أغلب نصوص هذه القواعد لا تذكر ولا تنظم خطاب الاعتماد بالضمان - ولكنها تعنى أساساً بالتزام يدفع ثمن البضاعة المفتوح الاعتماد المستندي طبقاً لعقد استيرادها أو تصديرها ووفقاً للشروط الواردة في هذا الاعتماد المستندي - فإذا كان الاعتماد المستندي هو وسيلة هدفها تأمين الوفاء بالثمن وتأكيد وصول البضاعة المتعاقد عليها بمواصفاتها - لكنه - ليس بالقطع - خطاب اعتماد بالضمان . وذلك حتى في التزام المستفيد أن يقدم إقراراً بأن الأمر قد أُخْلٍ بالتزاماته كشرط لصرفه - أما إذا كان مستحق بمجرد الاطلاع يكون أوضح أنه ليس إعتقاد مستندي.

هذا وقد نظمت قواعد U.R.D.G. الصادرة سنة ٩٢ الاعتماد بالضمان باعتباره ضماناً غير مشروط. وهذه القواعد تناسبه تماماً بقدر أكبر من قواعد U.C.P. التي لا تتوافر فيها النصوص اللازمة للاعتماد بالضمان لذلك يلزم اتباع الاعتماد بالضمان للقواعد الموحدة - U.R.D.G.

ونشير الى أن اتفاقية هيئة الأمم المتحدة الصادرة سنة ١٩٩٥، والتي لم يعمل بها بعد والسابق الإشارة إليها. Uncitral نظمت مع خطاب الضمان غير المشروط Independent Guarantee الاعتماد المستندي بالضمان Stand by Letter of Credit بل ان عنوانها جمع بينهما - وهذا يؤكد الترادف بل التساوي بينهما.

وفيما هو جاري عليه العمل فعلاً ما يؤيد هذا النظر : - فإذا ما أصدر بنك أمريكي - لبنك أجنبي تعليماته بإصدار خطاب ضمان معزز منه لاستفيد في بلد البنك الأجنبي؛ فإن البنك الأمريكي ملتزم أن يغطي البنك الأجنبي إذا ما أُضطرَّ الأخير للصرف للمستفيد - لذلك يصدر البنك الأمريكي لصالح البنك الأجنبي. اعتماداً مستندياً بالضمان منه مباشرة يصرفه للبنك الأجنبي إذا ما أُضطرَّ للصرف للمستفيد الأجنبي. شأنه في ذلك شأن خطاب الضمان المقابل The Counter-Guarantee - وهذا يمثل التزاماً مباشراً من البنك الأمريكي للبنك الأجنبي غير مرتتهن براءة أو اعتراض العميل الأمر للبنك الأمريكي - فتعويض البنك الأجنبي هو من البنك الأمريكي وليس من الأمر. لذلك فهو واقعياً خطاب ضمان مقابل يلبس عباءة الاعتماد المستندي بالضمان لأن القانون في أمريكا لا يسمح للبنوك بضمان ديون الغير - على ما أسلفناها بل إن تاريخ ظهور الاعتماد بالضمان ووصفه أولاً بأنه تحاليل بأحكام قضائية تم إقراره بعد ذلك قانونياً وعملياً - يؤكد أنه منفصل عن الاعتماد المستندي وأنه شيء آخر.

وبناء على ما أسلفناه نرى أن القواعد الموحدة للاعتماد المستندي بالضمان هي ذاتها الصادرة سنة ٩٢ U.R.D.G. والتي سبق الحديث عنها ومع هذا فما زال الحبل السري بين

الاعتماد المستندى بالضمان - والاعتمادات المستندية عامة لم ينقطع حتى الآن - وما زالت قواعد U.C.P. - تمتد اليه فتشمله مظللتها - وفي هذا توضيحية بالسمات الأساسية لخطاب الضمان، ويرجع ذلك الى أنه يناسب الأمر أكثر من خطاب الضمان البنكى فهو يستمر بصوره أو بأخرى قادراً من خلال علاقته بالبنك المصدر ثم علاقة هذا البنك بالمستفيد التي ترد الى قواعد U.C.P. أن يتدخل فى الصرف خاصة إذا كان خطاب الاعتماد بالضمان شروطاً أو قابل للرجوع فيه - فهو ليس اعتماد بالضمان - وفي قول آخر يقول أن الضمانات البنكية فى التجارة الدولية لها وسائل متعددة و ليس خطاب الضمان فقط - فلماذا لا يكون الاعتماد بالضمان أحدهما ويبقى مرتبطاً بقواعد الاعتمادات المستندية عموماً ؟.

وأهمية السوق الأمريكى فى التجاره الدوليه يئدى الى هيمنة وسيله الاعتماد بالضمان حتى لقد أصبح أكثر إنتشاراً فى أغلب بلاد العالم لذلك، ولأنه أقل مخاطره بالنسبه للأمر عند الصرف من خطاب الضمان غير المشروط المستحق عند الطلب.



**الغش في صرف خطاب الضمان البنكي
والاعتماد المستندي بالضمان**

بسم الله الرحمن الرحيم

الغش فى صرف خطاب الضمان البنكى والاعتماد المستندى بالضمان

مقدمة

وقد يكون الغش فى صرف الضمان موضوعياً - وكلمة الغش تشمل حالات القوه القاهرة - والظروف الطارئة - والحروب - والثورات - والعصيان المدنى - وغير ذلك .

والغش فى الصرف هو أخطر ما يؤثر على هذه الوسيله الدولية « خطاب الضمان البنكى وقرينه الاعتماد المستندى بالضمان » ويعوقها عن أداء مهمتها .

والذى يتحدى بالغش هو الأمر أو البنك أو هما معا وتحتوى كلمة « الغش فى الصرف » أيضاً على مفهوم التدليس وتزوير المستندات اللازمة للصرف - وعمليات النصب التى تستغل وتتخذ خطاب الضمان وسيله لنشاطها الغير مشروع .

وهذا الموضوع الواسع جداً يستحيل تحديد صوره لتعدد سلوكيات البشر . - ولهذا فان الدراسة الفقهيّة أو المحاولات القانونية فى بعض التشريعات لا تستطيع تحديد أساليبه وتعريفها تعريفاً جامعاً - مانعاً .

لذلك وقع العبء على القضاء فى محاولات مختلفه ومتباينه ليقرر ما إذا كان هناك غش فى الصرف يلزم معه إلغاء خطاب الضمان موضوعياً أو إيقاف الصرف حتى يحكم فى القضية الموضوعية .

ويُرجع الغش فى بعض صوره الى الصياغة الرديئة لخطاب الضمان ذاته وشروطه وهو

السند الذى يلزم أن يكون كافياً بذاته، وكذلك إلى توقيت تاريخ إصداره - وأجله - وعدم ربطهما بالعقد الأصلي والعملية التجارية.

تختلف الأساليب طبقاً لنوع العملية فهو فى ضمان المقاولات، غيره فى ضمان التنفيذ، غيره فى خطابات الضمانات الملاحية، - وتتعدد أساليب الغش بتعدد أنواع الضمانات.

وقصور العقد الأصلي للعملية الدولية التجارية وعدم إتقان صياغته والقدرة على ربطه بشروط الضمان تُسهل الغش فى صرفه.

وكذلك شروط الاعتماد المستندى الذى يفتح لسداد قيمة البضاعة طبقاً للعقد الأصلي فى نشاطات التصدير والاستيراد؛ ومسئوليه الأمر البائع قبل المستفيد فى شحن البضاعة FOB بحرياً وأنواع هذه البيوع البحرية - ومتى يحق للمستفيد صرف الضمان؟ ومتى ينتهى خطاب الضمان؟ فهل ينتهى مثلاً بمجرد الشحن (FOB)؟ أو أنه يغطى وصول البضاعة بمواصفاتها التعاقدية (سيف)؟ وهل يغطى الهلاك الكلى أو الجزئى للبضاعة أو النقص فى التوريد؟ - أو التلف على ظهر المركب فى الرحلة بين ميناء الشحن وميناء الوصول؟ لسوء التستيف والشحن فوق أو تحت خط المياه فى السفينة طبقاً لطبيعة البضاعة؟.

وبمعنى آخر هل يغطى مسئولية الشاحن أو صاحب المركب؟ وقد يلزم أن يكون هناك خطاب ضمان خاص بذلك، وإن كان هذا الموضوع منظماً باتفاقية دولية.

وفى إجراءات مباشرة إثبات الغش بكل وسائله - وفى كل أحواله ترفع الدعوى على المستفيد أو البنك أو هما معاً، قبل الصرف وبعده؛

وقبل الصرف تتخذ الإجراءات اللازمة لوقف الصرف حتى يفصل فى الموضوع .

ثم الاختلاف بين بلاد العالم على إتساعه فى النظر الى موضوع الغش وظروفه وأحواله ويأتى فهم تنتظر مختلف البلاد الى هذا الموضوع؟ هل على أساس سند الضمان فقط؟ أم أيضاً على أساس العقد الأصلي؟ أو هما معاً ويضاف إليهما أيضاً الظروف المحيطة بالغش

وبالدعوى أمام المحكمة زماناً ومكاناً.

ليس هناك إتفاق على تحديد مفهوم ومعنى واحد للغش «فى بلاد العالم»، بل هناك قواعد تضعها الاحكام – وهى قد تختلف فى ذات البلد من محكمة لأخرى، أى أنه ليس هناك قاعده واحده فى البلد الواحد .

ولكن هناك مفاهيم مشتركة فى فرنسا وهولندا وبلجيكا وسويسرا مثلاً .

تختلف وربما جذرياً، خاصة فى طلب وقف التنفيذ قبل الصرف، مع المفاهيم السائده فى انجلترا.

وأمرىكا أحكامها محيره فى فهم الغش ووضع قواعد إثباته وأدلة هذا الاثبات.

وهى تحيط دعوى الغش وتنتظر إليها من خلال السياسة ومن خلال النظره الاقتصادية، ولا تدرسه على أسس موضوعيه ومستنداته، كموضوع قانونى وتنتظر الى الموضوع ككل، وتستخلص الغش من كافة الظروف المحيطه بالوقائع المعروضه عليها ومادياتها .

والنظرة الكلية للموضوع موجوده أيضاً فى أوروبا وانجلترا ولكنهما مختلفين فهماً وتطبيقاً.

هذا علاوة على أن الدفع بالغش أوقف الدعوى بالفاء الضمان، لغش المستفيد يلزم فى أوروبا عامه وانجلترا أن تُقدّم المستندات عند رَفْع الدعوى خاصة فى دعوى طلب وقف الصرف حتى لا يتخذها الأمر أو البنك أو هما معاً وسيلة لتعطيل الصرف للمستفيد.

أما فى أمريكا فالأمر مختلف على ما سوف نوضحه عند الحديث عن الغش فى أمريكا.

وتزوير المستندات اللانزمة لصرف خطاب الضمان قد يبدوا موضوعياً سهلاً بالنسبة للغش وهو ليس كذلك لأن البنك يَدْرُس المستندات المنصوص عليها فى سند خطاب الضمان من ظاهرها فقط عندما يتقدم بها المستفيد للصرف ولا يراقب أكثر من صحة نسبتيها لمن يجب أن تصدر عنه – وغالباً ما تكون هذه المستندات متقنة التزوير – ويصرف البنك خطاب الضمان

ولا يكون مسئولاً إلا إذا كان متواطئاً مع المستفيد - ويؤجل تحقيق التزوير وأدلة الدعوى بين المستفيد والأمر طبقاً لعقدها .

وكذلك قد يبدو أن عمليات النصب الدولية التي تتخذ خطاب الضمان البنكي وسيلتها للنصب سهلة الأثبات ولكنها أيضاً ليست كذلك لأن المستفيد النصاب المحترف يستعمل وسائل غاية في الذكاء الشرير - حتى يصل الى الصرف ثم وبعد ذلك قد تبطله الأرض ولا يصل اليه الأمر وثمة من قضايا دولة عديدة في هذا الخصوص.

إن هذا الموضوع « الغش » لا مجال فيه لفقيه إلا دراسة الاحكام ونقدها ومحاولة وضع مفاهيم لقواعدها مشتركة بين دول العالم ويبقى العبء الأكبر على احكام القضاء في تحديد معنى الغش - والأدلة لاثباته والمستندات الواجب - تقديمها عقوداً كانت أم إقرارات شفاهية أو مكتوبة والظروف المحيطة زماناً - ومكاناً - بالغش والدعوى المرفوعة في شأنه - ومدلوله في أنواع الضمانات المختلفة.

لذلك وفي دراستنا للغش فسوف نحاول توضيح مفاهيمه في بعض البلاد الرائدة في التجارة الدولية وفي صوره المختلفة ذلك من خلال الاحكام الصادره من القضاء في هذه البلاد - وينتهي الإيجاز.

ولكن الصوره في قضايا الغش ليست قاتمة للغاية - فالواقع العملي يؤكد أن القليل من محاولات غش المستفيد في كافة صوره في الصرف لا يكتب لها النجاح أمام القضاء إذا كانت الملاحقة قبل الصرف أو حتى بعد الصرف الا في حالات قليلة مثل النصب.

والدفع يغش المستفيد في الصرف يكون من الأمر أو البنك أو هما معاً ويكون قبل الصرف أو بعده - فإذا كان قبل الصرف ترفع دعوى وقف الصرف أو طلب أمر قضائي بوقف الصرف حتى يتم الفصل في الموضوع.

أما إذا تم الصرف فترفع الدعوى الموضوعية بَرْدُ المبالغ التي صرفها المستفيد بناء على خطاب الضمان تأسيساً على الغش وقد ترفع الدعوى على البنك والمستفيد معاً إذا كان الصرف قد تم بالمخالفة لشروط سند الضمان؛ أو أن البنك لم يبذل العناية الواجبه في المراجعة الظاهرية للمستندات واضحة التزوير أو التي صدرت من شخص ثالث غير المشار اليه في سند الضمان - وكذلك إذا تواطأ البنك الأجنبي مع المستفيد الأجنبي في الصرف مع انعدام حق الاخير فيه أو غشه - ويوقف البنك الأصلي صرف خطاب الضمان المقابل في هذه الحالة بأمر أو بحكم قضائي حتى يتم الفصل في الموضوع.

الغش فى أحكام

القضاء عامة

تركز الأحكام فى وجود الغش على ثلاث أمور

- ١ - هل يلزم توافر أدله ماديه لغش المستفيد فى الصرف - وسلوك المستفيد؟
 - ٢ - هل ينظر الى غش المستفيد فى الصرف على أساس سند الضمان وحده - أو يلزم الرجوع الى العقد الأصيل بين المستفيد والأمر - وتقدير الظروف المحيطه بالصرف - والظروف المحيطه بالدعوى.
 - ٣ - ما هو السائد عملياً من واقع أحكام المحاكم فى البلاد المختلفة - فى القواعد التى تنتهجها لإثبات وجود الغش.
- ونتناول بإيجاز القواعد التى تسير عليها المحاكم فى البلاد الرائدة للتجارة الدولية من واقع الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالغش فى الصرف.

فى هولندا

تقرر الأحكام فى هولندا - أنه يلزم لوقف الصرف المؤسس على الغش أن يكون طلب الصرف تعسفى وكان واضحاً أنه ليس للمستفيد أى حق فى الصرف وأنه سئ النيه فى ذلك - والأدله المثبتة يجب أن تكون واضحة وجديه - ويقع عبء الإثبات على الأمر.

وعند نظر دعوى الغش يكون ذلك تأسيساً على العقد الأصيل بين الأمر والمستفيد وكذلك سند خطاب الضمان - والمائيات والظروف المحيطه بالصرف.

وقررت بعض الاحكام أن الغش يكون متوافراً إذا كان سلوك المستفيد خارج عن المألوف ولا يقوم به الرجل الأمين وتقدر المحاكم الأدلة بعناية ولا تلقى بالاً للأقوال المرسلة عند إستخلاص وجود الغش من عدمه.

ويخصوص خطاب الضمان المستحق عند الاطلاع تنظر اليه المحاكم على أنه ينطوى على مخاطره بوضع مبلغ معين من المال تحت يد المستفيد في صورة خطاب الضمان فإن الأدلة التي ترد الى العقد الأصلي لاثبات الغش يلزم أن تكون وحدها الأدلة المادية لأن الأمر يعلم أصلاً أن المستفيد في خطاب الضمان غير المشروط من حقه صرفه دون اثبات خطأ الأمر.

ولم تأخذ المحاكم الهولندية في اثبات الغش بمقوله الخطأ في قيام الضمان - أو صدوره من شخص لا يمثل الأمر أو تحت الضغط الاقتصادي على الأمر، إذ يصعب على الأمر إثبات مثل هذه المقولات؛ هذا علاوة على أنها ليست أدلة مادية لاثبات الغش.

يراجع حكم محكمة امستردام ٨٤/١٢/٢٠ المنشور في KG 1985/21

وفي حالات عدم إتمام تنفيذ العقد الأصلي - تدرسه المحكمة عند البحث في الغش على من تقع تبعة عدم إتمام التنفيذ ورفضت المحكمة دعوى الأمر الذي أسس دعواه على أنه لا خطأ منه لان عقد بيع البضاعة كان C&F وأن البضائع حملت في ميناء الشحن.

حكم محكمة امستردام ١٩/مارس/٨١ KG 1981 .

وقضت محكمة امستردام في ١٩٩٣/٢/٤ KG 1993 طلب المستفيد الصرف لأنه لم يُقَمْ أى دليل على أتمام تنفيذ التعاقد وأن ما تم تنفيذه ليس كافياً.

تراجع الاحكام الصادرة :-

من محكمة امستردام في هولندا في ١٩٨٠/١٢/١٨ وفي ٨٨/٤/٧ و ٧٢/٣/٣ - والاحكام الصادرة من محكمة روتردام في ٨٩/٦/٩ - ٨٧/٢/٥ - ١٩٧٩/٦/٢٢

الغش فى المانيا

القضاء الالمانى شانه شأن القضاء الاوروبى عموماً لا يلتزم بقاعدة معينه فى تعريف الغش وتحديد أسبابه. وخطاب الضمان فى المانيا على ما أسلفنا يكيف على أنه عقد ضمان - يلزم حسن النيه فى تنفيذه شأن أى عقد، وعلى ذلك فالمستفيد يكون غشاشاً إذا إستعمل حقه فى الصرف بسوء نيه - حتى فى علاقته مع البنك - فقد يمتنع البنك عن الصرف لأنه يعلم أن سلوك المستفيد فى طلب الصرف مشين.

ولكن ما هو السلوك غير السوى فى طلب الصرف أو المشين الذى يعتبر غشاً من المستفيد؟ وما هو الخطأ الذى يلزم مراجعته لإثبات ذلك؟ وعلى هدى من العقد الاصلى، أو على ما هو وارد فى خطاب الضمان - يحدثنا الشراح فى ذلك - وفى التّعسف فى طلب الصرف من المستفيد، وسوء نيته وعدم مشروعية طلب الصرف لمخالفته شروط العقد الاصلى وينظرون الى التّعسف على هدى من هدف العقد الاصلى.

ولكن يلزم أن يكون هناك خطأ من المستفيد فى طلب الصرف مؤسساً على احدى هذه الاسباب.

وشأن باقى بلاد أوروبا، هناك إجماع على أن أدله الغش يلزم أن تكون واضحة - لا يكتنفها الشك؛ وهذا يقتضى أدله مستندية ومانيات وحقائق ثابتة من إتصالات المستفيد ومراسلاته. ويقع عبء اثبات تحقق الغش فى الصرف على الأمر.

وفى حكم لمحكمة فرانكفورت صدر فى ٧٩/١٢/١١ قُضى أن طلب المستفيد للصرف يكون غير مقبولاً وغير شرعى إذا كان واضحاً أنه بسوء نيه أو يرغب إجبار الأمر على انتهاج سلوك معين.

وفى حكم لمحكمة هامبورج صادر فى ٨١/١٢/١٨ قضى بأنه لاحق للمستفيد فى الصرف

إذا اوافرت الأدلة الواضحة على أن ذلك مخالف لشروط العقد بينهما.

وفي حكم لمحكمة فرانكفورت في ٨٣/٣/٨٢ أُخْذَت المحكمة بالأدلة الشفاهية التي تؤكد عدم استحقاق المستفيد للصرف، وبهذا المعنى حكم محكمة برلين في ١٤/٦/١٩٩٠.

وفي جميع هذه الاحكام تتحدث عن نهج القضاء الألماني في النظر الى توافر الغش موضوعياً.

ولكن محكمة ميونيخ أصدرت في ٨٠/٧/٨٠ حكماً يَقْضَى بعدم توافر شروط الغش في حق المستفيد على أساس أدلة شفاهية من شهود من موظفي الأمر وعدت ذلك غير كاف لإثبات الغش في الصرف.

ويرى بعض الشراح في ألمانيا أن الأمر حتى إذا قُدِّمَ وقائع تفيد قيام الغش من المستفيد فإنه لا يستطيع أن يمنع البنك من الصرف للمستفيد لأن هذا يتعارض مع العلاقة المستقلة بين البنك والمستفيد المؤسسه على صك الضمان يراجع في ذلك حكم محكمة استئناف فرانكفورت ٨٣/٣/٨٢ ص ٥٧ و W/4 1983 وحكم محكمة فرانكفورت ٧٩/١٢/١١ ص ٦٥ و N/W 1983.

الغش في فرنسا وبلجيكا

في بعض الاحكام - إذ تقدم الأمر بأدله على غش المستفيد في الصرف أو في طلب الصرف - لا تلتزم بالتدقيق وتحقيق الأدلة التي تقدم بها الأمر. - واحكام أخرى وضعت شروط للحكم بتوافر الغش في حق المستفيد عند الصرف، فيلزم أن يكون تصرفه فيه غش أو تزوير أو إساءة استعمال الحق أو سوء النية - ويرجع في ذلك للعقد الأصلي بين المستفيد والأمر - ويكفي أحد هذه الاسباب للقول أن هناك غش من المستفيد في صرف.

وليس هناك قاعده عامه تطبقها المحاكم في فرنسا أو بلجيكا - لإثبات غش المستفيد في

الصرف. - بل إن بعض احكام تستعمل عبارات عامه كأن تقول «يلزم أن يكون غش المستفيد واضحاً لا يشك فيه» «من الادله المقنعه» - (أو أن الغش يشد الانتباه أو النظر Crève Les yeux). (٢٠٠٧).

ولكن هذا الغش الواضح لابد أن تؤيده تقارير أو مُستندات صادرة عن طرف آخر خبير مثلاً - أو أنها مُستفاه من مراسلات المستفيد نفسه - وحتى دون الرجوع للعقد الأصلي إذا كانت الظروف الملايسات في الدعوى تؤكد توافق الغش.

وحكمت محكمة باريس في ٨٥/٦/١٢ بأن قيام المستفيد بحيل تدليسيه غير مشروعه يؤدي الى القول بأنه غشاش.

وحكمت محكمة النقض الفرنسية في ٨٧/٦/١٠ بأن إنعدام حق المستفيد في الصرف المؤسس على غشه يلزم إثباته بدراسة العقد الأصلي بينه وبين الأمر - ولكنها - أي محكمة النقض - لم تذكر أنه يلزم أن يكون المستفيد قد ارتكب طرق احتياليه - كما أنها لم تقرر أن تعتمد المستفيد الإضرار بالأمر قد يسمح بتوافر الغش كما ذهب بعض الاحكام.

وحكمت محكمة بروسل في ٨٨/١٥/٢٦ بأن الغش في صرف المستفيد لخطاب الضمان البنكي يكون متوافراً إذا ما كان هدف المستفيد هو إلحاق الضرر بالأمر - وأنه لا يسلك السلوك السيئ وأنه ليس له حقاً موضوعياً مؤسساً على عقده مع الأمر في الصرف.

وحكمت محكمة بروسل في ٨٥/٦/٢٥ - بأن الغش يكون قائماً تأسيساً على أن المستندات المقدمة من الأمر تؤكد ذلك من الوُجْه الأولى «Prima Facie» وأن هذه المستندات غير مَطْعُون عليها من المستفيد وخاليه من العيوب الشكلية والقانونية - وليس واضحاً في هذا الحكم إذا ما كانت المحكمة قد دَرَسَت المستندات التي تقول عنها أنها واضحة من النظر الأولى دراسة كافية من - عدمه.

والاحكام في فرنسا وبلجيكا كثيره ويمكن أن يفهم من هذه الاحكام أنها عند دراسة الغش - إنما تركز على دراسة الادله المعروضه عليها أساساً. وحاولت بعض الاحكام وضع قواعد

وأسباب المفهوم الغش ولكنها لم تنجح في ذلك.

وما قرّرت محكمة النقض الفرنسية من ضرورة الرجوع الى العقد الأصلي بين الأمر والمستفيد لمعرفة طبيعة المطالبه بالمصرف من المستفيد؛ وما إذا كان يكتنفها الغش من عدمه - هذه القاعدة ترسم نهجاً لدراسة الغش ولكنها لا تضع تعريفاً أو - أسباباً لتوافر الغش.

الغش في احكام المحاكم

في إنجلترا

إستقر القضاء الانجليزي على أن الغش يلغى خطاب الضمان ويمنع حق المستفيد في المطالبه بصرفه - ولكنها تشترط أن يقوم الغش على أدله مادية قوية ومعقوله وجاهزه للعرض على المحكمه من أول جلسته ولا يستلزم القضاء الانجليزي ضرورة التعمق في دراسة العقد الأصلي بين المستفيد والأمر إذا كانت أسباب الغش - المعروضه على المحكمه متوافره فيها المبادئ الاساسيه اللّازمه لإثباته.

والمحاكم الانجليزيه أكثر تدقيقاً من باقي النظم القضائية في أوروبا للقول بوجود غش من المستفيد في طلب الصرف خاصة في دعاوى وأوامر وقف الصرف المؤقت. وهي تلتزم المبدأ السائد بعدم التدخل في إلتزام البنك غير المشروط بوجوب الدفع للمستفيد.

وفي حالات الرجوع على البنك الأجنبي - في الضمان المقابل إذا صرف للعميل الأجنبي - يُلزَم أن يكون البنك الأجنبي متواطئ مع المستفيد الذي صرّف غشاً للرجوع عليه وعدم صرف البنك الأصلي للضمان المقابل المستحق للبنك الأجنبي.

والمحاكم الانجليزية تَغْضُ النظر في كثير من الحالات عن الادله المقدمة لاثبات الغش مع قوتها عند طلب وقف الصرف - لأن رجوع الأمر على المستفيد هي علاقة منفصلة يحكمها عقدهما معا - أما صرف خطاب الضمان فهو سنده فقط. «Pay First-Arug Latter».

وخطاب الضمان غير المشروط، والاعتماد المستندي بالضمان، يعاملان نفس المعاملة في القضاء الانجليزي.

والتشدد في إثبات الغش، يُلْزَمُ ألا يكون فيه أى إستثناء للقاعدة التي تَتَبَّنَاها المحاكم الانجليزية وهي " يلزم عدم التدخل بين البنك والمستفيد " ولا تعير هذه المحاكم أى إعتبار للعبارات التي تقول أن الغش يَجِبُ أى شئٍ آخر.

وتطلب المحاكم الانجليزية من الأمر أنه قوية ومتماسكة مؤيده بالمستندات لإثبات وجود الغش، وعلى اساس من صك الضمان وحده وما ورد في نصه. ولا يقم العقد الاصلى إلا عند نظر الموضوع وهو عقد المستفيد والضمان.

وفي قضية Marbottle and Westminstar Bank 1977 ALL.F.R P. 862 تقول المحكمة أنه في الحالات الاستثنائية يمكن تبخل المحكمة في التزام البنك غير القابل للإلغاء والتي يكون فيها الغش مَفْضُوحاً وأن البنك ذاته لاحظته وَكَشَفَهُ.

وفي غير ذلك تترك المحكمة للتجار حلّ مشاكلهم طبقاً لعقودهم أو عن طريق التقاضى أو التحكيم؛ ويلزم أن تبقى البنوك خارج هذا النطاق في علاقاتها بالمستفيد وإلتزامها الشخصى الغير قابل للرجوع فيه - والا خُرِيت التجارة الدولية.

وفي قضية أخرى In.ttaco-Ltd. - and Notishipping Corpatation Lioyds 1981 تقول المحكمة أن خطاب الضمان البنكى غير المشروط وكذلك الاعتماد المستندي بالضمان -لا يلزم وقف مسيرتها في التجارة الدولية لأنها بمثابة مبالغ نقيه تحت يد المستفيد الا إذا كان هناك غشاً يقيناً.

وفي قضية Boliventer Oil and Manhatten W.L.R 1984 P. 392.

تقول المحكمة أنه يلزم أن تضع في اعتبارها في الحالات النادرة التي تقضى فيها بتوافر الغش - المخاطر التي يتعرّض لها البنك في سمعته التجاريه - وفي قدرته على تمويل العقود في التجارة الدولية وأثر ذلك على الضمانات البنكية - والاعتمادات المستنديه وإهدار هذه الوسائل في التجارة الدولية.

لذلك لم يصدر القضاء الإنجليزي في تاريخه الا حكمين فقط بتوافر الغش من المستفيد وأوقف فيهما صرف خطاب الضمان "كما نعلم".

الحكم الأول في قضية

Eliland Robbath and Mata 55 and Matass Lltoyds 1966 Pag. 495

وفيه قضى بوقف صرف خطاب الضمان للمستفيد الذي حصل عليه صاحب مركب بشرط أن يفرغ البضاعة - حتى يفصل في النزاع موضوعياً بينه وبين صاحب البضاعة - ولكن صاحب المركب طلب صرف خطاب الضمان غير المشروط فوراً وصدر هذا الحكم ضد المستفيد والبنك.

والحكم الثاني صدر في ١٩٩٥/٥/٢ ومنشور في Times Law Report ولكنه مطعون عليه أمام House of Lords.

الغش في القضاء

الأمريكي

يصعب تتبع أحكام القضاء الأمريكي - في موضوع الغش ففي العديد من القضايا! تجمع بين أحوال قيام الغش - وأحوال عدم وجوده - وبعض القضايا تقف موقفاً وسطاً بين قيام الغش قطعاً، أو قيامه معلقاً أو عدم قيامه.

لأن هذه الاحكام تستنفذ جَهْدَها في أن تحاول وتضع قواعد لمفهوم الغش وأسبابها - أكثر من أنها تَقْضِي في نزاع مرفوع اليها بشأنه لتقرر وجوده أو عدم وجوده.

والاحكام في امريكا - تتأثر بالظروف السياسيـه - ففي قضايا جمهوريه ايران الاسلاميه التي طالبت فيها صرف عديد من الاعتمادات المستندية بالضمان المقدمه قبل الثوره في عمليات تجاريه - رَفَضَتْها المحاكم بمقولة أن هناك غش في طلب صرف هذه الضمانات غير المشروطة، لأن الهدف منها كما قالت هو الابتزاز؟؟

وفي قضايا أخرى - أشارت الاحكام الى أن السلوك الشاذ من المستفيد عند طلب الصرف هو غش.

وإستخلاص الغش من الظروف السياسيـه والاقتصاديـه والعلاقات الدوليـه المتغيره - دون دراسة سند الضمان ذاته وشروط صرفه أو العقد الاصلى - هو سلوك غير سَوِيّ.

وعندما قامت مشكلة الرهائن بين إيران وأمريكا سنة ١٩٧٩ أقحمت المحاكم هذه المشكله على طلبات إيرانية بصرف إعتمادات مستندية بالضمان مستحقه عند الطلب - وحفظت خمسة عشرة طلباً بالصرف من سبعة عشرة - ورفضت الطلبين الباقيين وهذا القلق الامريكى في إبتداع مبادئ وقتيه لظروف سياسيـه؛ غير مؤسسه على أوراق الدعوى ومستنداتها ينعكس سلباً على الاحكام بل على مصداقية المحاكم الامريكية وبناء الثقة فيها .

تراجع الاحكام الآتية في هذا الخصوص :

A - Air Line Reportin Corp and First National Bank Hill 1987.

B - American National Bank and Trust-Hamilton-Industries Hill 1984.

C - American - Bell and Islamic Rupublilt of Iran Hell 1979.

إشارة الى القواعد الموحده فى القانون الاميريكى

U.C.C. Uoniform Commercial Code

تُقرّر القواعد الموحده فى القانون التجارى الاميريكى U.C.C. فى الماده الخامسه منها
الى أعيدت صياغتها سنة ١٩٩٥ أن الفش، ورفض الصرف على أساس منه له صورتين * -
الاولى : الفش فى المستندات، **والثانيه:** الفش فى العقد - وتعنى كلمة العقد هنا عقد
الخدمه المصرفيه بين البنك والمستفيد - وتشمل كلمة المستندات ورقة الضمان ذاته - أى
الخطاب المستندى بالضمان - وتعنى أيضاً كلمة (العقد) العقد الاصلى بين المستفيد والأمر -
وهذا الشرح أكدته المذكرة التفسيريه لتعديل الماده الخامسه من القواعد الموحده فى القانون
التجارى الامريكى سنة ١٩٩٥.

وطلب الصرف المقدم من المستفيد يكون فيه غشاً إذا لم يكن له حقاً فى الصرف طبقاً
لعقده الاصلى.

والمحاكم يَسْتَوِي عندها أن يكون الفش فى المستندات عامه أو الفش المؤسس على شروط
الاعتماد بالضمان للصرف.

وتختلف الاجراءات أمام المحاكم الامريكية عنها فى أوروبا : -

ففى أوروبا ينظر الى موضوع الفش فى الصَرْف على أنه موضوع مستعجل يلزم البت فيه
بسرعة - ويلزم إرفاق كافة المستندات عند رفع الدعوى أو طلب الأمر بوقف التنفيذ.

وفى امريكا تَجَلّج الدعوى لتقديم المستندات ولأسباب أخرى - وذلك يعطل الفصل فى
موضوع طلب المستفيد صرف الضمان مدّة طويلة تكون هى كل ما يهدف اليه الأمر من رفع
دعواه.

وينظر الى دعوى غش المستفيد صرف الضمان نظره شامله لكافة الظروف المحيطة بها؛ وعلى اساس المستندات المقدمة فيها - ولكن هذه النظرة الشاملة يختلف فهمهما في المحاكم الاوروبية عن فهمهما في المحاكم الامريكية.

وتعني النظرة الشاملة في أوروبا للدعوى الضمالية على أساس وقائع الدعوى ومستنداتها كنزاع قانوني يُطلَب فيه عدم صرف الضمان للغش.

بينما تعني الضمالية في امريكا الظروف السياسي والاقتصادية المتغيره بطبيعتها.

وقد يدفع الأمر في دعوى الغش في المصرف، من المستفيد في الاعتماد المستندي بالضمان، بأن التعليمات بإصدار الضمان صدرت من غير ذي صفه في تمثيله أو إن الضمان صدر عن طريق الخطأ - أو بالضغط والقهر الاقتصادي عليه. - وكل هذه المقولات لا يُعَوَّلُ عليها، في القضاء الامريكي.

ولكن الغش يكون متوافراً في طلب المستفيد الذي إستلم سند الضمان قبل فتح الاعتماد لشحن البضاعة وصرفه ولم يفتح الاعتماد - وهذا الغش هو أقرب لعمليات النصب.

نَمَّ بِعَوْنِ اللَّهِ

المراجع

اسم المؤلف	اسم الكتاب
مراجع باللغة العربية	
الدكتور/عبد الرزاق احمد السنهوري	الوسيط في مصادر الالتزام
الدكتور/عبد الرزاق احمد السنهوري	- نظرية العقد
الدكتور/عبد الرزاق احمد السنهوري	التصرف القانوني والواقعة القانونية
الدكتور/محمود أبو عافيه	التصرف القانوني المجرد
الدكتور/علي جمال الدين عوض	عمليات البنوك من الوجهه القانونية
الدكتور علي جمال الدين عوض	الاعتماد المستندي
الدكتور/محمد زكي شافعي	مقدمة في النقود والبنوك
الأستاذ/محي الدين اسماعيل علم الدين	خطاب الضمان
الدكتور/سميه القليوبي	النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية
الدكتور/علي جمال الدين عوض	الاوراق التجارية وعمليات البنوك

<p>الدكتور/صليب بطرس - والمستشار ياقوت العشماوي</p> <p>الدكتور/احمد عبد الكريم سلامه</p> <p>الدكتور/مُحى الدين اسماعيل علم الدين</p> <p>الدكتور/صوفى حسن أبو طالب</p> <p>الدكتور/محمد حسنى عباس</p> <p>الدكتور/حسن حسنى</p>	<p>الاعتماد المستندي</p> <p>نظرية العقد الدولى الطليق</p> <p>العمليات الائتمانية فى البنوك وضماناتها</p> <p>تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد العربية</p> <p>عمليات البنوك</p> <p>عقود الخدمات المصرفية</p>
<p style="text-align: center;">المستندات Documents والبحوث</p>	
<p>الدكتور/ حمزه أحمد حداد استاذ القانون التجارى وعميد حقوق الاردن</p> <p>السيد مدير البنك A. Pach. Adv.</p> <p>محاضره للدكتور/مُحى الدين علم الدين</p> <p>إصدارات الأمم المتحدة</p> <p>إصدارات الأمم المتحدة Uncitral</p>	<p>خطابات الاستاذ الدكتور/حمزه حداد لنا فى شأن خطاب الضمان البنكى فى الأردن</p> <p>خطاب بنك اسرائيل بخصوص خطاب الضمان البنكى لديهم ومرفق به قانون خطاب الضمان</p> <p>الاعتمادات المستندية ومشاكل التطبيق</p> <p>اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات النوايه والمستندات الاذنية الدولية</p> <p>القانون النموذجي للتحويلات الدائته النوايه</p>

<p>الكتور/يعقوب صرخوه مجلة الحقوق الكويتية السنة ١٧ العدد ٣ سبتمبر سنة ٩٣</p>	<p>بحث فى خطاب الضمان البنكى فى الكويت</p>
<p>اصدارات البنك الاهلى المصرى</p>	<p>المرجع العملى لخطابات الضمان</p>
<p>البنك التجارى الدولى بمصر</p>	<p>ندوة خطابات الضمان ٢٠ مارس سنة ١٩٨٨</p>
<p>البنك المركزى المصرى</p>	<p>التطورات الائتمانية والمصرفية من ١٩٨١ الى ١٩٨٤</p>
<p>البنك المركزى</p>	<p>تعليمات البنك المركزى لاصدار خطابات الضمان</p>
<p>بنك مصر</p>	<p>تعليمات بنك مصر المركزى عن خطابات الضمان</p>
<p>بنك مصر</p>	<p>تعليمات النواحي النظرية للاعتمادات المستندية - والأصول والأعراف الموحده الدوليه المنظمه لها</p>

اسم المؤلف

اسم الكتاب

مراجع باللغة الإنجليزية

Burton V. McCullough	Letter of Credit
Roeland Bertrams	Bank guarantees in International Trade
Kevin Patrick McGuinness	The Law of Guarantees
Dr. Nagla Nassar	Sanctity of Contracts
Lazar Sarna	Letters of Credit
Michael Rowe	Guarantees & Standby Letter of Credit
F. M. Ventris	Bankers Documentary Credits
Henry R. Zheng	China's Civil and Commercial Law
William Hedley	Bills of Exchange & Banker's Documentary Credits
FM. Ventris	Banker's Documentary Credits
Norbert Horn and Eddy Wymeersch	Bank Guarantees and Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade
E.R. Hardy Ivamy	Case Book on Sale of goods.

<p>Prof Dr. Joachim Hermnerling and others</p> <p>Y. Ackermann and R. Lacher F. Jolidon & A. Rechstuner</p> <p>ERic Lee</p> <p>David Palferanan</p>	<p>Law and Leyislation in Germany\</p> <p>Credits documentaire encasements documentaires guarantees bancairs</p> <p>Commercial Disputers settlement in china</p> <p>The Law of Banking</p>
<p>Document & Laws</p>	
<p>Union Bank of Swiss</p> <p>Lloyds of London</p> <p>Swiss Bank Corporation</p> <p>United Nation</p> <p>United Nation</p> <p>Union Bon of Swiss</p> <p>United Nation</p> <p>I.C.C.</p> <p>Bank of China</p>	<p>The Documentary Cridet</p> <p>Lloyd's Maritime and commercial law</p> <p>Documentary Operations</p> <p>The United Nations Commusion on International Trade Law Volume 1 to 15 Uncitral</p> <p>Uncitral Legal Guide on El etronict Funds Transfers</p> <p>Bank guarantees</p> <p>Standby Letters of Credit and guarantees</p> <p>Uniform rules</p> <p>Letter from Bank of China about the Letters of guarantees</p>

فهرست

الموضوع	رقم الصفحة
فأحة الكتاب	٣
الإهداء	٥
المقدمة	٧

الفصل الأول

● النظام الدولي لخطاب الضمان البنكي	١٧
● الطبيعة القانونية وتعريف خطاب الضمان البنكي	١٧
● التصرف القانوني والواقعة القانونية	١٧
● محاولات رد خطاب الضمان الى قاعده قانونية كلية	١٧
● تعريف خطاب الضمان وطبيعته القانونية	١٧
● مفهوم التجريد في خطاب الضمان البنكي	٢٠
● التجريد علته وغايته	٢١
● بعث التصرف القانوني المجرد	٢٣
● التصرف القانوني والواقعة القانونية	٢٧
● محاولات رد خطاب الضمان لقواعد كلية شموليه في القانون	٣٠
● خطاب الضمان ليس كفاله	٣٣
● خطاب الضمان ليس إنابة قاصره	٤١
● خطاب الضمان ليس من سندبات الأتمان	٤٣

- خطاب الضمان ليس التزاماً بالإرادة المنفردة ٤٥
- خطاب الضمان ليس اشتراطاً لمصلحة الغير ٤٩

الفصل الثاني

- العلاقات الثلاثية المحيطة بخطاب الضمان ٥٧
- العلاقة الاولى : علاقة البنك بالعميل ٥٧
- العلاقة الثانية : علاقة الأمر بالمستفيد ٦٨
- العلاقة الثالثة : علاقة البنك بالمستفيد ١٠٠
- خطاب الضمان المقابل ١٢٢
- الصورة الاولى ١٢٢
- الصورة الثانية ١٢٣
- الصورة الثالثة ١٢٤
- العلاقات الاربعه في خطاب الضمان المقابل ١٢٥

الفصل الثالث

- إنهاء خطاب الضمان - ضمان الضمان - والاختصاص ١٣٣
- إنهاء خطاب الضمان عموماً ١٣٣
- بإنتهاء أجله دون صرف ١٣٥
- بصرفه ١٣٥
- بالمقاصة ١٣٦
- بأعتماد الذمه ١٣٧
- بالالبراء ١٣٧
- بالتقادم أو السقوط ١٣٧
- باستحالة التنفيذ ١٣٨

- ١٣٩ * ضمان الضمان
- ١٤٢ * القانسون الواجب
- ١٤٥ * الاختصاص

الفصل الرابع

- ١٤٩ * خطاب الضمان في بعض البلاد الاسلامية
- ١٤٩ - في مصر
- ١٧٩ - في تركيا
- ١٧٩ - في العراق
- ١٨٠ - في السودان
- ١٨٠ - في سوريا ولبنان
- ١٨١ - في الاردن
- ١٨٣ - في السعودية
- ١٨٧ - في الكويت

الفصل الخامس

- ١٩٥ * خطاب الضمان في بعض الدول الأوربية
- ١٩٥ - في فرنسا
- ٢١٥ - في بلجيكا ولوكسمبورج
- ٢١٨ - في سويسرا
- ٢٣٦ - في إيطاليا
- ٢٣٨ - في هولندا
- ٢٤٠ - في ألمانيا

- ٢٤٧ - في المجتبرا
- ٢٦٧ - في تشيكوسلوفاكيا
- ٢٦٩ - في امريكا
- ٢٨٣ - في الصين

الفصل السادس

- ٢٨٩ * نماذج صياغات البنوك لخطاب الضمان
- ٢٨٩ أولاً : في البلاد الاسلامية
- ٢٩٦-٢٩١ - في مصر
- ٢٩٧ - في السعودية
- ٣٠٠ - في سوريا
- ٣٠٢ - في الإمارات
- ٣٠٣ - في تركيا
- ٣٠٥ - في ايران
- ٣٠٨ * قراءة وتعليق على نماذج الدول الاسلامية
- ٣١٥ ثانياً : نماذج البنوك لخطاب الضمان في بعض دول اوربا
- ٣١٦ - في سويسرا
- ٣٢١ - في ايرلندا
- ٣٢٤ - في المجتبرا
- ٣٢٧ - في هولندا

- نماذج خطاب الاعتماد المستندي بالضمان في أمريكا والفلبين - ٣٢٨
- في امريكا ٣٢٩
- في الفلبين ٣٣٠
- قراءة وتعليق على نماذج خطابات الضمان في أوروبا ٣٣١
- في سويسرا ٣٣١
- في ايرلندا ٣٣٣
- في إنجلترا ٣٣٤
- في هولندا ٣٣٥
- نموذج I.C.C. ٣٣٨-٣٤٠

الفصل السابع

- القواعد الموحدة لخطاب الضمان البنكي ٣٤٣
- نصوص قواعد I.C.C. أغسطس سنة ١٩٧٨ ٣٤٧
- الملامح الأساسية لقواعد I.C.C. ابريل سنة ١٩٩٢ ٣٩٤
- معاهدة هيئة الأمم بخصوص خطاب الضمان والاعتماد المستندي بالضمان
- ١٩٩٥/١٢/١١ ٣٩٧
- القواعد الموحدة لخطاب الاعتماد المستندي بالضمان ٤١٧

الفصل الثامن

- الغش في صرف خطاب الضمان ٤٢٣
- في هولندا ٤٢٨
- في المانيا ٤٣٠

- ٤٣١ - فى فرنسا ويلجىكا
- ٤٣٣ - فى انجلترا
- ٤٣٥ - فى امريكا
- ٤٤٣-٤٣٩ المراجع



تصويب

وقعت بعض الأخطاء المطبعية التى يمكن تداركها بسهولة الا فى صفحة (٧)السطر الثالث كلمة « ياما » أو السطر الخامس من آخر كلمة بدلاً من كلمة « ما » وكلمة « Credit » بدلاً من كلمة « Cridet » و صفحة ٢، ٣ isno بدلاً من isnot خطأ وكذلك صفحة (٤٣٩) السطر قبل الأخير « الدكتور سميحة القليوبى » بدلاً من « الدكتور سمية القليوبى » اما باقى الازياء فمن السهل تداركها خاصة انها كلها املائية مثل ص ٣٢٣ ثالث سطر آخر الصفحة two بدلاً من tow وص ٣٩٠ If بدلاً من it خطأ

التوزيع بالداخل والخارج
وكالة الاهرام للتوزيع
شارع الجلاء - القاهرة ت : ٥٧٨٦.٦٩

Bibliotheca Alexandrina



0212526